This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

HARVARD LAW LIBRARY

Received

RÉSUMÉ

DE RÉPÉTITIONS ÉCRITES

DU

DROIT ROMAIN

PAR

M. RUBEN DE COUDER

DOCTEUR EN DROIT,

RÉDACTEUR EN CHEF DU *Recueil général des lois et des arrêts*

ET DU *Journal du Palais*.

5e ÉDITION, REVUE ET AUGMENTÉE

PARIS

MARESCQ AINÉ, LIBRAIRE-ÉDITEUR

29, RUE SOUFFLOT, 29

1873

32

RÉSUMÉ

DE RÉPÉTITIONS ÉCRITES

DE

DROIT ROMAIN

Paris. — Imprimerie J. Dumaine, rue Christine. 2.

RÉSUMÉ

DE RÉPÉTITIONS ÉCRITES

DE

DROIT ROMAIN

PAR

M. RUBEN DE COUDER

DOCTEUR EN DROIT,

RÉDACTEUR EN CHEF DU *Recueil général des lois et des arrêts*

ET DU *Journal du Palais*.

5e ÉDITION, REVUE ET AUGMENTÉE

PARIS

MARESCQ AINÉ, LIBRAIRE-ÉDITEUR

20, RUE SOUFFLOT, 20

1878

910

no acc date

INSTITUTES DE JUSTINIEN

LIVRE PREMIER

TITRE I

De la Justice et du Droit

Définition de la justice. — La justice (de *juri stare*), d'après la définition des Institutes, est la volonté ferme et permanente de rendre à chacun ce qui lui appartient (*constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*. Instit., *pr.*, liv. I, tit. I). Ainsi l'homme juste est celui-là seul qui, dans toute la suite de ses actes, poursuit avec ardeur et réalise le bien, et non celui qui ne serait capable que d'actes de justice accidentels ou isolés (1).

Différents sens du mot droit. — Ce mot a plusieurs acceptions :

1° Le mot droit (*jus*, de *jubere* ou *jussus*) éveille l'idée

(1) MM. Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. II, n. 12; Demangeat *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 10; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 2e édit., t. I, p. 3.

de commandement, d'ordre. Le droit nous apprend quels actes doivent ou ne doivent pas être accomplis dans nos rapports sociaux avec les autres hommes, en quelles circonstances il faut agir ou s'abstenir. Le droit est donc un ensemble de préceptes auxquels l'homme doit obéir. L'idée de commandement, d'ordre, implique la nécessité d'une sanction, d'une contrainte matérielle. Quelle serait, en effet, l'efficacité des préceptes du droit, si l'homme pouvait s'y soustraire impunément?

2° Le mot *jus* signifie souvent une faculté légale, une prérogative garantie par la loi. Exemple : le droit de posséder, de tester, de se marier, etc. Dans ce sens, le mot *droit* a un corrélatif nécessaire, c'est le mot *devoir*. Exemple : le droit de propriété est la faculté de jouir, de disposer d'une chose de la manière la plus absolue. Cette faculté a un corrélatif dans le devoir pour les autres de respecter ma propriété. Le *devoir* est donc l'antithèse du *droit*.

3° Le mot *jus* désigne souvent la loi elle-même. On l'emploie dans ce sens lorsqu'on dit, par exemple, que telle décision de la justice est *conforme au droit* (1).

Définition de la jurisprudence. — La jurisprudence est la connaissance ou la science de ce qui est conforme ou contraire au droit (*justi atque injusti scientia*). Ceux qui possèdent cette science s'appellent *jurisconsulti* ou *jurisprudentes* ou plus simplement *prudentes*. Mais d'après Justinien (Instit., § 1, liv. I, tit. I), la jurisprudence comprend encore la connaissance des *choses divines et humaines* (*divinarum atque humanarum rerum notitia*). On n'est pas d'accord sur la signification de ces derniers mots. L'interprétation la plus probable nous paraît être celle qui y voit une allusion au droit religieux. La jurisprudence

(1) Voy., pour plus de détails sur ces notions préliminaires, MM. Boistel, *Cours élém. de dr. natur. et de philosophie du droit*, p. 35 et suiv.; Van Wetter, *Cours élém. de droit rom.*, Introduct., t. I, § 2, p. 10 et suiv.

comprendrait alors la connaissance des principes qui régissent l'organisation du culte et des sacerdoces (1).

Règles du droit. — Les règles du droit sont : — vivre honnêtement; — ne léser personne; — donner à chacun le sien.

1° VIVRE HONNÊTEMENT (*honeste vivere*) est avant tout une règle de morale. La morale est un ensemble de préceptes d'après lesquels l'homme doit se diriger dans la vie. Le droit et la morale concourent souvent dans le but de réaliser l'honnête. Exemple : le droit s'accorde avec la morale pour défendre à un père d'épouser sa fille. Mais le droit ne se confond pas avec la morale. Le jurisconsulte Paul a tracé les limites respectives du droit et de la morale, lorsqu'il a dit : « *Non omne quod licet honestum est.* » Nous venons de voir que les obligations du droit sont sanctionnées par des moyens matériels de coercition; les devoirs de morale n'ont de sanction que dans la conscience.

2° NE LÉSER PERSONNE (*alterum non lædere*); c'est là une pure règle de droit.

3° DONNER A CHACUN LE SIEN (*suum cuique tribuere*); c'est encore là une règle de droit. La morale, en effet, consiste à aimer le prochain comme soi-même. Il ne suffit pas de ne pas faire le mal, il faut encore faire le bien (Instit., § 2, liv. I, tit. I) (2).

Division du droit. — Le droit se divise en *droit public* et en *droit privé*.

Le *droit public* (*jus publicum*) a pour objet la constitution de l'État, la distribution des pouvoirs, l'organisation de la puissance publique, les rapports de ceux qui gou-

(1) Voy., en ce sens, MM. Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. II, n. 14; Accaries, *Préc. de dr. rom.*, 2e édit., t. I, p. 5 et note 1. — Comp. MM. Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, p. 11; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 2, p. 13 et 14, et § 3, p. 26 et 27.

(2) Voy., sur la distinction du droit et de la morale, M. Boistel, *op. cit.*, n. 55 et suiv., p. 94 et suiv.

vernent et de ceux qui sont gouvernés (*quod ad statum rei romanæ spectat*. Instit., § 4, liv. I, tit. I).

Le *droit privé* (*jus privatum*) a pour objet les rapports des hommes entre eux, les droits et les devoirs des particuliers les uns à l'égard des autres (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*. Instit., *ibid.*).

Le premier est au-dessus des conventions particulières ; le second, au contraire, est susceptible de toutes les modifications qu'il plaît aux parties d'y apporter. Elles peuvent même y renoncer complétement.

TITRE II

Du droit naturel, du droit des gens et du droit civil.

Première division du droit privé. — Droit civil, droit des gens.

Le droit privé, au point de vue de son origine et de son étendue d'application, se divise en *droit civil* et *droit des gens*.

Le *droit civil* est l'ensemble des lois qui sont propres aux membres de la nation qui les a faites. Ainsi le droit civil *romain* ne s'applique qu'aux *citoyens romains* (*quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile*. Instit., § 1, liv. I, tit. II).

Le *droit des gens* est l'ensemble des lois communes à tous les hommes, aux pérégrins comme aux citoyens, à quelque nationalité qu'ils appartiennent (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*. Instit., *ibid.*). — Il est bon de remarquer que le droit des gens dont il est ici question n'a rien de commun avec le droit *international* que les Romains qualifient également de *jus gentium* (1).

(1) Le nom classique du droit international est *jus fetiale* ou droit des négociations et de la diplomatie. V. à cet égard M. Sumner Maine, *L'ancien droit*, traduit de l'anglais par M. Courcelle-Seneuil, p. 44 et suiv.; Willems, *Droit publ. rom.*, 3e édit., p. 423 et suiv.

Ce dernier droit s'occupe des rapports entre nations, et, partant, forme une branche du droit public (L. 5, D., *De pact.*, liv. II, tit. XIV).

Différences entre le droit civil et le droit des gens. — 1° *Au point de vue de l'origine.* Le droit civil découle de la volonté du législateur qui le promulgue. Le droit des gens découle de la raison humaine.

2° *Au point de vue de l'étendue d'application.* Le droit civil ne s'applique qu'aux membres de la cité. Le droit des gens s'applique à tous les hommes entre eux, sans distinction de nationalité.

Telle est la division la plus rationnelle, la plus fertile en conséquences pratiques, et la plus généralement admise chez les Romains. C'est celle qui est enseignée à la faculté de droit de Paris.

Observations. — Les Institutes (*pr.*, liv. I, tit. II) nous donnent, d'après Ulpien, une autre division du droit privé; aux deux premiers éléments — droit civil, droit des gens — elles en ajoutent un troisième, le *droit naturel.*

Ce droit *naturel* serait un ensemble de règles communes aux hommes et aux animaux. Ainsi, l'instinct de la conservation, l'union du mâle et de la femelle, la procréation et l'éducation des enfants découleraient de ce droit. — Mais ce ne sont là, en réalité, que des lois physiques de l'instinct, qui, ne supposant ni intelligence ni responsabilité, répugnent à la notion du droit. Il faut donc écarter ce troisième élément du droit privé (1).

(1) MM. de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 9 et 10; Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. II, n. 19; Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 15; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 2e édit., n. 6, p. 14; Boistel, *Cours élém. de dr. natur. et de philosophie du droit*, p. 84; Labbé et Machelard, *à leurs cours.* — V. aussi Schilling, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des röm. Privatrechts* (Leipzig, 1837), t. II, p. 32; de Savigny, *System.*, t. I, p. 443; Maynz, *Cours de dr. rom.*, 3e édit., t. I, § 89, p. 276; Brocher, *Etud. hist. et philosoph. sur la légitime et les réserves*, p. 20; Namur, *Cours d'Instit.*, 2e édit., t. I, § 4 p. 4,; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 4, p. 34; Sumner Maine, traduit de l'anglais par M. Courcelle-Seneuil, p. 54 et suiv.

Deuxième division du droit privé. — Droit écrit, droit non écrit.

Au point de vue des sources d'où il dérive le droit privé se divise en droit *écrit* (*scriptum*) et en droit non écrit (*non scriptum*. Instit., § 3, *eod.*).

Droit écrit. — Le droit écrit est celui qui résulte de la volonté du législateur formulée et promulguée. Le droit non écrit est celui qui résulte de sa volonté tacite, manifestée par la tolérance qu'il accorde aux usages constants et généraux (*jus moribus constitutum*). Il ne s'agit donc point ici de la distinction purement matérielle qui résulterait de ce que certaines règles du droit auraient été écrites ou non.

Division du droit écrit. — Parmi les sources du droit écrit à Rome, on trouve : les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, les constitutions des empereurs, les édits des magistrats, les réponses des Prudents.

La LOI est une règle établie par une autorité supérieure à laquelle on est tenu d'obéir.

Fonctionnement du pouvoir législatif à Rome. — Sous les rois, avant Servius Tullius, la loi était votée dans les comices par curies ; après Servius Tullius, elle fut l'œuvre des comices par centuries (1) : cependant, même après cette époque, on trouve encore des lois curiates, notamment pour les adrogations et les testaments. La convocation des centuries se faisait sur l'initiative d'un magistrat de l'ordre des sénateurs (*senatorio magistratu interrogante*), comme un consul, un dictateur, un préteur. Ce magistrat ne pouvait présenter le projet de loi au vote des comices qu'avec l'autorisation du sénat (*ex senatus-consulto tulerit*). La loi votée dans les comices par centuries devait, à l'origine, recevoir la sanction des patriciens assemblés dans les comices par curies (*Patrum auctoritas*. Instit., § 4, *eod.*).

(1) Consult., sur cette réforme opérée par Servius Tullius, MM. Rodière, *Les grands jurisconsultes*, p. 16 et suiv. ; Willems, *Droit publ. rom.*, 3e édit., p. 106 et suiv.

Le PLÉBISCITE est une résolution que les plébéiens votaient, dans les comices par tribus, sur la proposition d'un magistrat de l'ordre des plébéiens (*plebeio magistratu interrogante*). Il y avait à Rome trente-cinq tribus ou quartiers. Ces tribus étaient composées avec un caractère démocratique qui excluait les différences de race, d'âge, de fortune. Dans le vote général chaque tribu avait une voix. Au sein de la tribu, le dénombrement des suffrages se faisait par tête. A l'origine, les plébiscites, œuvre des plébéiens seuls (*plebs*), devaient être approuvés par le sénat et sanctionnés par les patriciens dans les comices par curies. Les patriciens ne figuraient point d'abord dans les comices par tribus; longtemps même ils dénièrent aux résolutions prises par les plébéiens toute autorité législative, et refusèrent de s'y soumettre. Mais bientôt trois lois (Valeria Horatia, Publilia, Hortensia) décidèrent que les plébiscites seraient obligatoires pour les deux ordres, et seraient assimilés aux *leges* (Instit., § 4, liv. I, tit. II). En même temps disparut, suivant toutes les probabilités, la nécessité de l'approbation du sénat et de la confirmation des patriciens. Le plébiscite devint alors l'œuvre de tout le peuple (*populus*), et non plus des plébéiens seuls (*plebs*) (1).

Les lois et les plébiscites prenaient souvent le nom des magistrats qui les proposaient.

Le SÉNATUS-CONSULTE est une résolution du sénat (*senatus-consultum est quod senatus jubet atque constituit*). Sous la République, les sénatus-consultes n'étaient que des actes administratifs, des actes politiques ou de droit public. Ils ne touchaient pas au droit privé, aux intérêts des particuliers. Avec l'Empire une transformation s'opère. Les Institutes (§ 5) nous en donnent une raison quelque peu naïve. Le peuple romain s'était tellement accru, di-

(1) MM. Accarias, *op. cit.*, 2e édit., n. 44, p. 29, texte et note 4; Namur, *Cours d'Instit.*, 2e édit., t. I, § 15, p. 21 et 22; Rivier, *Introduct. histor. au dr. rom.*, § 54, p. 147; Willems, *Dr. publ. rom.*, 3e éd., p. 486 et suiv.

sent-elles, qu'il était devenu impossible de le convoquer en masse pour l'adoption des lois. Il parut donc convenable, dans ces circonstances, de consulter le sénat. Sous Tibère, les sénatus-consultes ont définitivement remplacé les plébiscites (1). — Le sénat était composé le plus souvent de citoyens qui exerçaient ou qui avaient exercé des magistratures (exemple : les magistratures curules), et qui se trouvaient dans une certaine position de fortune (2). On donnait aux sénatus-consultes le nom des consuls (S.-C. Trébellien) ou des empereurs (S.-C. Claudien), sous lesquels ils avaient été rendus.

Les CONSTITUTIONS IMPÉRIALES. — On désignait sous ce nom les décisions des empereurs. Aux termes de la loi *de imperio Vespasiani*, improprement qualifiée par Ulpien (L. 1, *pr.*, D., *De const. princ.*, liv. I, tit. IV) et par Justinien (Inst., liv. I, tit. II, § 6) de *lex regia*, l'*imperium* était conféré à chaque avénement au nouvel empereur; le peuple abdiquait entre les mains de son élu et lui cédait tous les pouvoirs, toutes les magistratures. De là résultait incontestablement pour l'empereur le droit de rendre des constitutions ayant force de loi (Instit., § 6).

Il y a trois sortes de constitutions impériales :

1° Les ÉDITS (*edicta*). Comme magistrat investi de l'*imperium*, l'empereur avait le *jus edicendi*, le droit de prendre des édits, c'est-à-dire des dispositions générales qui ne statuaient que pour l'avenir.

Comme magistrat investi de la *jurisdictio*, l'empereur avait le droit de rendre des rescrits et des décrets.

2° Les RESCRITS (*rescripta*). L'empereur pouvait être consulté par des magistrats inférieurs ou par des particuliers sur la solution d'un point de droit. Il statuait alors d'une manière spéciale. La sentence qu'il rendait était un

(1) V. la note 1, p. 7.
(2) Consultez sur ce point la savante *Etude sur le sénat romain*, publiée par M. Domenget, *Rev. prat. de dr. franç.*, t. 36, p. 462 et suiv. V. aussi M Willems, *Dr. publ. rom.*, 3e édit., p. 493 et suiv.

rescrit. Les rescrits portaient aussi les noms de *subscriptiones, epistolæ*.

3° Les DÉCRETS (*decreta*). L'empereur pouvait se constituer juge dans certains procès, juge du fait, juge du droit. Il rendait alors des sentences en dernier ressort appelées *décrets*.

Les rescrits et les décrets statuaient toujours pour le passé. Rendus à l'occasion d'une contestation présente, ils ne faisaient qu'interpréter le droit en vigueur à l'époque de leur promulgation, sans rien innover. C'étaient de véritables lois interprétatives.

Les ÉDITS DES MAGISTRATS formaient le droit *honoraire* qui, inspiré par des principes de justice et d'équité, avait pour mission de *fortifier*, de *compléter* et de *corriger* le droit civil (*adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia*). Les préteurs n'étaient pas seulement des magistrats; ils étaient, en réalité, des législateurs. Le préteur *pérégrin* vidait les contestations entre étrangers et probablement aussi entre Romains et étrangers; le préteur *urbain* jugeait les procès entre citoyens romains seulement, mais souvent il empruntait au préteur pérégrin les règles de droit entre étrangers dont l'application pouvait profiter aux citoyens. Chaque préteur publiait, à son entrée en fonction, un édit dans lequel se trouvaient consignés les principes de son administration future. Cet édit, une fois rendu, ne pouvait être modifié (*edictum perpetuum*); ainsi le voulait une loi Cornelia; il n'avait de valeur que pour le temps d'une magistrature (1). Mais, en fait, de bonne heure la plupart des règles posées par un préteur dans son édit reparaissaient dans l'édit de ses successeurs. La disposition qui se perpétuait ainsi et était transmise d'édit en édit, était appelée *edictum translatitium* ou *tralatitium*. Lorsque

(1) Il ne faut donc pas traduire *perpetuum* par *perpétuel;* ce qui serait un contre sens. *Perpetuum* signifie ici *non interrompu*, c'est-à-dire que l'édit publié par le préteur devait conserver, d'une manière continue et toujours persistante, sa force obligatoire pendant toute la durée d'une magistrature.

le préteur apportait dans son édit des vues propres, l'édit se nommait *edictum novum*. L'édit était inscrit sur des tables de bois blanc (*in albo*) et restait exposé au *forum*.

Les édiles curules, chargés spécialement de la police des marchés, publiaient l'*edictum ædilitium*.

A côté de ces édits, mais bien accessoirement, venaient se placer les édits rendus par les censeurs (*leges censoriæ*), et par les tribuns du peuple.

La réunion de ces différents édits constituait le droit dit *honoraire* (*jus honorarium*), parce qu'il avait sa source dans la magistrature (*honor*).

Le besoin de coordonner les dispositions des édits successifs s'était déjà fait sentir sous Jules César. Aulus Ofilius, jurisconsulte fort estimé à cette époque, avait entrepris un travail de coordination sur lequel les renseignements précis nous font défaut. Il était réservé à Julien, investi de la préture sous Adrien, de faire, sous la dénomination d'*édit perpétuel* par excellence (*edictum perpetuum*) (1), une compilation qui, approuvée par l'empereur et par le sénat, a joui d'une immense autorité et a été dans la suite interprétée par la plupart des jurisconsultes classiques, notamment par Ulpien (2).

Les RÉPONSES DES PRUDENTS étaient des consultations, soit orales, soit écrites, données par les jurisconsultes aux plaideurs ou aux juges. A l'origine, pour donner des consultations, il suffisait d'inspirer confiance au public. Les avis exprimés par un jurisconsulte quelconque, à l'occasion d'un litige, n'avaient d'autre valeur que celle que pouvait leur communiquer l'éclat du nom de leur auteur. Le juge restait toujours libre de se prononcer, suivant sa conviction personnelle, avec une indépendance complète.

(1) Cette nouvelle signification du mot *perpetuum* se conçoit facilement puisque l'édit de Julien avait reçu force de loi définitive.

(2) V. sur le développement du droit prétorien MM. Sumner Maine, *op. cit.*, p. 64; Rodière, *op. cit.*, p. 50 et suiv., 73 et suiv.; Accarias, *op. cit.*, 2e édit., t. I, n. 19 et 20, p. 36 et suiv.; Willems, *Dr. publ. rom.*, 3e édit., p. 258.

Auguste créa, à côté des jurisconsultes ordinaires (1), une classe de jurisconsultes officiels auxquels il donna le *jus publice respondendi ex auctoritate principis* ou la *permissio jura condendi* (2). Malgré cet accroissement d'influence, l'autorité des jurisconsultes restait encore toute doctrinale et ne liait pas le juge (3). De nouveaux progrès furent accomplis sous Tibère. Adrien compléta l'œuvre de ses devanciers en donnant force obligatoire aux réponses (4) de ces jurisconsultes officiels en cas d'unanimité.

Justinien par ses travaux de codification a détruit l'autorité des jurisconsultes devenue désormais inutile (5).

Droit non écrit. — Ce droit a perdu sous l'Empire son

(1) En effet, après la réforme d'Auguste, la profession de jurisconsulte, c'est-à-dire la faculté de donner des avis aux clients resta encore ouverte à tout le monde. Seulement, on conçoit qu'il entrait dans la politique d'Auguste de chercher à rattacher à lui une force qui était puissante dans l'opinion, et qu'en marquant du signe de la faveur impériale certains jurisconsultes, il comptait faire de ceux-là des personnages qui lui seraient dévoués, et en même temps diminuer la valeur de ceux qui n'auraient pas été l'objet de cette distinction. V. M. Machelard, *Observat. sur les responsa prudentium*, Rev. de législat., 1871, p. 544. Telle est aussi l'opinion de M. Accarias, *Prée. de dr. rom.*, 2e édit., t. I, n. 23, p. 44 et suiv.

(2) Il n'y a là qu'une seule et même faculté, et il nous semble difficile d'apercevoir une différence sensible entre le *jus respondendi ex auctoritate principis* et le *permissum est jura condere*. C'est d'ailleurs l'opinion soutenue et démontrée jusqu'à l'évidence par M. Machelard, *loc. cit.*, p. 552 et suiv., contrairement à la thèse défendue par MM. Bodin et Demangeat. — Comp. M. Accarias, *loc. cit.*, p. 46.

(3) MM. de Savigny, *Tr. de dr. rom.* (traduct. Guenoux), t. I, § 26, p. 454; Girand, *Hist. du dr. rom.*, p. 90; Rodière, *Les grands jurisconsultes*, p. 69, pensent, au contraire, que les réponses des jurisconsultes officiels sont devenues obligatoires dès le règne d'Auguste.

(4) Par *réponses*, il faut entendre non-seulement les réponses proprement dites aux consultations, mais aussi les décisions émises spontanément dans un ouvrage doctrinal (*opiniones*). *Sic*, M. Accarias, *loc. cit.*, p. 46.—Nous ne saurions donc admettre l'opinion de M. Bodin, *Rev. histor. de dr. franç.*, t IV, p. 497 et suiv., qui refuse aux écrits des jurisconsultes vivants force de loi immédiate, et n'accorde cette autorité qu'aux ouvrages qui, après la mort de leurs auteurs, ont été consacrés par des sénatus-consultes ou par des constitutions impériales.

(5) V. au surplus, sur l'ensemble de cette délicate matière, MM. Ortolan, *Explic. histor. des Instit.*, t. I, n. 344 et 369; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 83: Namur, *Cours d'Instit.*, 2e édit., t. I, § 23, p. 33; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 66, p. 436 et 437, texte et note 8; Sumner Maine, *L'ancien droit*, p. 33 et suiv.; et surtout M. Glasson, *Etude sur le jus respondendi*, n. 37.

ancienne autorité. Constantin, dans une de ses constitutions, tout en reconnaissant à l'usage une grande valeur, déclare que la coutume ne doit point prévaloir contre une loi. « *Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est; sed non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem* » (L. 2, C., *Quæ sit long. consuet.*, liv. VIII, tit. LIII (1).

Classification des matières du droit privé. — Le droit privé a pour objet: les *personnes*, les *choses*, les *actions* (*Omne jus, quo utimur, vel ad* personas *pertinet, vel ad* res, *vel ad* actiones). Cette classification donnée par Gaius est reproduite par Justinien dans ses Institutes (2).

Division des Institutes. — Les Institutes de Justinien se composent de quatre livres. Le premier est consacré aux *personnes;* le second, le troisième et les cinq premiers titres du quatrième, aux *choses;* la fin du quatrième, aux *actions*.

(1) Ce texte a donné lieu à de nombreuses interprétations qui ont été résumées par M. Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 16. — Toutefois l'interprétation qui semble prévaloir est celle qui consisterait à dire qu'une coutume locale ne saurait prévaloir contre la disposition expresse d'une loi spéciale, ou l'esprit d'une loi générale. *Sic*, MM. Demangeat, t. I, p. 102; Van Wetter, t. I, § 3, p. 24 et 25; de Savigny, *System.*, t. I, append. 2; Windscheid, *Lehrb.*, t. I, § 18, n. 2. — Comp. MM. Namur, *Cours d'Instit.*, 2e édit., t. I, § 6, p. 6; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 2e édit., t. I, n. 9, p. 23, note 4; Goudsmit, *Cours des Pandectes*, traduit du néerlandais par M. Wuylsteke, § 15 *in fine*, p. 36, note 2.

(2) Faut-il ranger les droits de créances parmi les *jura rerum* ou parmi le *jus actionum* ? La majorité des interprètes rattache les droits de créances aux *jura rerum*. V. notamment M. Van Wetter, t. I, § 4, p. 34.

TITRE III

Des personnes. — Première classification des personnes en libres ou esclaves

Le mot *personne* (*persona*) a trois acceptions. Il désigne :

1° L'individu juridique (*singulares personæ* ou *singuli*) considéré au point de vue des droits et des obligations que la loi lui accorde ou lui impose ;

2° L'être moral ou de raison (*personæ vice funguntur*) qui, reconnu par le législateur, peut avoir des droits ou être soumis à des obligations. Ex. l'État, une cité, le fisc, une corporation ;

3° Le rôle ou personnage que chaque homme joue dans la société et dans la famille. Ainsi, suivant que l'on est citoyen ou esclave, père de famille ou fils de famille, on a des droits et des devoirs différents. Plusieurs personnes peuvent être réunies dans le même homme. Ex. celui qui est citoyen peut être en même temps père de famille et tuteur.

Division des personnes. — La principale division des personnes (*summa divisio*) est la division en hommes *libres* et en *esclaves* (Instit., *pr.*, liv. I, tit. III).

Définition de la liberté. — La liberté serait, d'après les Institutes (§ 1, *eod.*), la faculté naturelle à chacun de faire tout ce qu'il veut, à moins que la force ou la loi ne s'y oppose (*Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut jure prohibetur*) (1).

Définition de l'esclavage. — L'esclavage serait, d'après les Institutes (§ 2), une institution du droit des gens contraire au droit naturel, en vertu de laquelle un homme

(1) Cette définition de la liberté a été justement critiquée, au point de vue philosophique, par MM. de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 92 ; Demangeat, *op. cit.*, p. 145 ; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 2e édit., t. I, n. 36, p. 69.

est soumis à la domination d'un autre (*Constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur*).

Les esclaves sont nommés *servi*, parce que les généraux pratiquaient l'usage de faire vendre les prisonniers, et par là de les conserver (*servare*), au lieu de les tuer, comme ils en avaient le droit (§ 3).

On les nomme aussi *mancipia*, parce qu'ils sont pris avec la main (*manu capere*) sur les ennemis (§ 3 *in fine*) (1).

Ainsi la guerre est proclamée comme l'origine de l'esclavage; et le droit de tuer les prisonniers est considéré comme la justification et la légitimité de cette institution.

L'esclave est-il une personne? — A certains points de vue, l'esclave est une *personne;* à d'autres points de vue, il est une *chose*.

1° L'esclave est une PERSONNE : en effet, il peut figurer dans les actes juridiques où il est l'intermédiaire, l'instrument de son maître; il peut s'obliger *civilement* par ses délits, contracter une obligation naturelle, être institué héritier, légataire, recevoir une donation, être affranchi, posséder un pécule, etc.

2° L'esclave est une CHOSE : il est la propriété absolue du maître qui a sur lui le droit de vie et de mort; il peut être l'objet d'une vente, d'une donation, d'un droit d'usufruit (Instit., § 1, liv. II, tit. II). — Varron distingue, d'ailleurs, trois sortes d'instruments : le fer, le bœuf, la charrue et l'esclave.

Modes de constitution de l'esclavage.

Justinien distingue entre les esclaves *par la naissance*

(1) M. Accarias, (*op. cit.*, p. 68, note 4), pense que si les esclaves sont appelés *mancipia*, ce n'est pas par allusion aux prisonniers de guerre, mais plutôt parce que les esclaves sont *res mancipi* et s'aliènent par la solennité de la mancipation ou *mancipium*. A l'appui de sa thèse notre honorable maître cite un passage de Cicéron (Parad., V, 1).

et les esclaves devenus tels *par suite d'un fait postérieur* (Instit., § 4, liv. I, tit. III).

A. *Esclaves par la naissance.*

On *naît* esclave, lorsqu'on a pour mère une femme esclave (*ex ancillis nostris*). Peu importe que la femme ait eu des relations avec un homme libre. Toutes les fois qu'il n'y a pas un mariage légitime, l'enfant suit la condition de sa mère.

B. *Esclaves par suite d'un fait postérieur.*

On *devient* esclave par le droit des gens, ou par le droit civil.

I. *Par le droit des gens.*

Captivitate. — Chez tous les peuples, la captivité est une cause d'esclavage. Elle suppose une lutte entre deux nations ennemies. Ne sont donc point considérés comme esclaves, les prisonniers faits dans une guerre civile, les individus pris par des brigands ou des pirates (L. 5, § 2, D., *De capt.*, liv. XLIX, tit. XV.)

II. *Par le droit civil.*

Il faut se placer à deux époques : avant et sous Justinien.

Avant Justinien et dans le très-ancien droit, on devenait esclave *jure civili* de plusieurs manières :

1° D'après la loi des Douze-Tables, l'homme libre qui commettait un vol et qui était pris sur le fait (*fur manifestus*) était attribué (*addictus*) à celui qui allait être victime du vol. Cette cause de servitude est déjà remplacée dans le droit prétorien par la peine du quadruple de la valeur de l'objet volé.

2° D'après la même loi des Douze-Tables, le débiteur qui n'avait pas payé sa dette dans un certain délai, après sa condamnation en justice, était attribué à ses créanciers et vendu comme esclave *trans Tiberim*. La loi Petilia Papiria change cet état de choses. L'*addictus* ne devient plus esclave; il doit travailler pour son créancier jusqu'au jour où il aura éteint sa dette par le fruit de son labeur.

3° Lorsqu'à l'époque du recensement, un citoyen romain omettait de se faire inscrire sur les tables du cens, il perdait sa qualité d'homme libre, et devenait esclave. Cette cause de servitude, qui paraît remonter à Servius Tullius, a disparu dès les premiers siècles de l'Empire.

4° Le citoyen romain qui refusait le service militaire pouvait également être réduit en esclavage. L'établissement de l'Empire, en inaugurant un nouveau mode de recrutement de l'armée par voie d'enrôlements volontaires, fit disparaître cette cause de servitude.

Sous Justinien, quatre causes de servitude subsistent encore :

1° Les Institutes ne mentionnent que le cas où un homme libre, majeur de vingt ans, s'est laissé vendre comme un esclave pour prendre part au prix (*ad pretium participandum sese venundari passus est*, Instit., § 4, *eod.*). Un homme libre ne peut par l'effet d'une convention aliéner sa liberté, car la liberté n'est pas dans le commerce. Ce principe facilitait le genre de fraude suivant : Un homme libre s'entendait avec un autre afin de se faire passer pour esclave et d'être vendu comme tel. Quand l'acheteur avait payé le prix, le vendeur le partageait ou le dissipait avec le vendu. Après quoi, le vendu réclamait sa qualité d'homme libre qu'il n'avait pas pu perdre par l'effet d'une convention. L'acheteur se trouvait ainsi sans moyen de garantie efficace contre une pareille fraude. Une loi (le S.-C. Claudien peut-être) fit cesser ce trafic ; elle défendit au vendu de revendiquer sa liberté et le déclara

esclave de l'acheteur. Mais il fallait la réunion de cinq conditions :

Que celui qui s'était laissé vendre fût majeur de vingt ans, soit au jour de la vente, soit au jour du partage du prix (L. 7, § 1, D., *De lib. caus.*, liv. LX, tit. XII);

Qu'il y eût mauvaise foi de la part du vendeur et de la personne vendue;

Que l'acheteur fût de bonne foi, c'est-à-dire qu'il eût ignoré la condition libre du prétendu esclave (L. 7, § 2; L. 33, D., *eod.*);

Que l'acheteur eût réellement payé le prix de la vente;

Que ce prix, enfin, eût été partagé entre le vendeur et la personne vendue.

Cette cause de servitude a été supprimée par la nov. LIX de l'empereur Léon.

2° L'enfant, issu des relations d'une femme libre avec un esclave, était libre; car, hors du mariage légitime, l'enfant suivait la condition de sa mère. Mais alors le maître de l'esclave souffrait un préjudice. Une disposition du S.-C. Claudien décidait que lorsqu'une femme libre entretenait un commerce avec un esclave, le maître de l'esclave pouvait lui dénoncer de cesser ces relations. Si après trois dénonciations la femme persistait, elle perdait au profit de ce maître sa liberté et ses biens. Ses enfants naissaient alors en servitude. Justinien a abrogé le S.-C. Claudien (L. unic., C., *De stc. Claud. toll.*, liv. VII, tit. XXIV).

3° L'ingratitude d'un affranchi envers son patron faisait retomber l'affranchi en esclavage. Cette cause de servitude ne s'introduit que fort tard dans la législation. Soulevée par Claude, la question est portée, sous Néron, devant le Sénat; mais la proposition échoue. Une constitution de Commode (L. 6, § 1, C., *De agnosc. vel alend.*, liv. XXV, tit. III) décide que l'affranchi ingrat redevient esclave de son ancien maître; mais il faut des faits d'ingratitude bien caractérisés, tels que des violences maté-

rielles ou un refus d'aliments; il faut, en outre, que ces faits soient constatés et que la révocation de la liberté soit prononcée par sentence du magistrat. Justinien a maintenu cette cause de servitude.

4° La condamnation à certaines peines entraînait l'esclavage. Lorsqu'un citoyen était condamné pour crime à lutter dans le cirque (*ad bestias*), ou à travailler dans les mines (*ad metallum*), il perdait la liberté par la sentence de condamnation; il devenait esclave de la peine à laquelle il était condamné (*servus pœnæ*). L'esclave de la peine n'avait pas de maître (*servus sine domino*, Instit., § 3, liv. I, tit, XII; L. 2, § 2, D., *De pœn.*, liv. XLVIII, tit. XIX). D'abord conservée par Justinien, cette cause de servitude a été abolie dans la suite par la novelle XXII, ch. VIII (1).

Personnes libres.

Il y a, disent les Institutes (§ 5, *eod.*) de nombreuses différences entre les hommes libres.

SUBDIVISION DES PERSONNES LIBRES EN CITOYENS ROMAINS ET PÉRÉGRINS

I. **Citoyens.** — Ce titre n'appartient, en principe, qu'à ceux qui sont originaires de Rome et du territoire restreint qui l'environne. De grands avantages étaient attachés à la cité romaine. Ainsi les citoyens avaient seuls le droit :

1° D'acquérir la propriété romaine, *dominium*, et de faire tous les actes qui s'y rapportent, particulièrement de figurer dans une mancipation, comme aliénateur ou comme acquéreur (*Commercium est emendi vendendique invicem jus*). C'est le *jus commercii* (2);

(1) Consult., sur tous ces points, la remarquable étude de M. Cequerey, *De l'esclavage chez les Romains*, Rev. histor. de dr. franç. et étrang., t. X, p. 199 et suiv.

(2) Voy., sur le *jus commercii*, M. Willems, *Dr. publ. rom.*, 3e édit., p. 80 et suiv.

2° De recevoir par testament ou de faire son testament. C'est la *testamenti factio;*

3° De contracter un mariage valable d'après le *jus civile*, et d'acquérir les droits qui en résultent, particulièrement, la puissance paternelle et le droit de parenté civile appelée *agnatio*. C'est le *jus connubii;*

4° De participer aux comices, et d'aspirer aux diverses magistratures. C'est le *jus suffragii et honorum* (1).

II. **Pérégrins.** — On entend par *peregrini* soit les étrangers soumis à la domination romaine et non investis du droit de cité, soit les peuples indépendants qui ont conclu avec les Romains des traités d'alliance. Ce mot est devenu, dans le dernier état du droit, synonyme de *hostes*.

Quant aux peuples restés en dehors de la civilisation romaine, on les désigne sous la dénomination de *barbari*.

Différentes classes de pérégrins. — Il y a trois classes de pérégrins : 1° le Latin ; 2° le pérégrin proprement dit ; 3° le pérégrin déditice.

Première classe. Le *Latin* habitait le Latium, pays le plus rapproché de Rome et l'un des premiers conquis. Il y avait entre le Latin et le citoyen romain une communauté d'origine, de mœurs, de langue. Le Latin tenait une place intermédiaire entre le citoyen romain et le pérégrin proprement dit. Dans quelle mesure le Latin participait-il aux droits de cité, et quelles prérogatives comprenait le *jus Latii?*

Au point de vue du patrimoine, le Latin était assimilé au citoyen romain ; il pouvait acquérir la propriété romaine (*dominium*), contracter une obligation *jure civili*, figurer dans une mancipation, etc. ; en un mot, il jouissait du *jus commercii*.

(1) Consult. M Willems, *Dr. publ. rom.*, 3e édit., p. 85 et suiv.

De plus, il pouvait être institué héritier, recevoir un legs, faire un testament : il avait donc la *testamenti factio*.

Au point de vue des droits de famille, le Latin était assimilé au pérégrin : il ne pouvait contracter un mariage légitime (*justæ nuptiæ*), produisant des effets reconnus par le droit civil.

Au point de vue de l'acquisition de la cité romaine, le Latin avait des facilités refusées au pérégrin proprement dit. Ainsi il pouvait acquérir le droit de cité, soit en s'établissant à Rome, soit à la suite d'une magistrature gérée dans sa ville natale, soit comme récompense pour avoir convaincu judiciairement de concussion un magistrat de Rome.

Plus tard, le *jus Latii* a été étendu à plusieurs villes d'Italie, de Gaule et d'Espagne ; dès lors, les termes *jus Latii, Latinus*, ont perdu toute signification ethnographique ou locale et ont été également applicables à tous les peuples qui jouissaient du *jus commercii* et de certaines facilités pour acquérir le droit de cité.

Deuxième classe. Le *pérégrin proprement dit* (*ordinarius* ou *socius*) n'avait ni droits politiques ni droits civils.

M. Maynz (1) a nettement esquissé la condition légale du *peregrinus* dans les lignes suivantes : « il ne pouvait point acquérir de droits d'après le *jus civile*, ni invoquer la protection qu'il assurait aux citoyens. On ne lui refusait pas, à la vérité, celle qui paraît être due à tous les hommes, abstraction faite de la législation particulière d'un État, et qu'on croyait être fondée sur l'équité naturelle, *jus gentium*. Le mariage du *peregrinus* était considéré comme valable, mais il ne produisait pas les effets du mariage romain (*justæ nuptiæ*). Les Romains ne déniaient pas au *peregrinus* l'exercice du pouvoir que l'homme peut avoir sur les objets matériels et que nous appelons propriété, *dominium ;* mais cette propriété de l'étranger

(1) *Cours de dr. rom.*, t. I, § 33, p. 84 et 85 (3e édit.).

ne jouissait que d'une protection relative et qui était loin d'être aussi efficace que celle accordée au *dominium* du citoyen romain. Il était capable de contracter des obligations; rien ne s'opposait à ce que, d'après le droit en usage dans son pays, il succédât dans les biens de ses proches décédés intestat, ou d'une personne quelconque qui avait fait un testament en sa faveur; mais il ne pouvait point, à l'égard de ces manifestations de droit, se prévaloir des dispositions de la loi romaine, ni invoquer la protection absolue et efficace offerte et garantie par le *jus Quiritium.* »

Troisième classe de pérégrins. Les *déditices* étaient les peuples qui, après avoir pris les armes contre Rome, s'étaient rendus à discrétion, *qui, ut victi sunt, se dediderunt* (Gaïus, C. I, § 14). Ils étaient au dernier degré des hommes libres (*pessima libertas*, Gaïus, C. I, § 26). En effet, ils perdaient leur existence politique, leur *patria* ou *origo;* ils n'avaient aucun espoir de parvenir à la cité romaine; ils ne pouvaient paraître soit à Rome, soit dans un rayon de cent milles de Rome, sans encourir la perte de leur liberté et de leurs biens (Gaïus, C. I, § 27).

Extension du droit de cité. — A la suite de la guerre sociale, le droit de cité est communiqué à toute l'Italie. Sous les premiers empereurs, il est accordé avec profusion. Enfin, Antonin Caracalla confère le droit de cité à tous les peuples qui au moment de l'édit sont sujets de l'empire (L. 17, C., *De stat. hom.*, liv. I, tit. v). Aussi, sous Justinien, il n'y a plus guère d'étrangers que les Barbares (1).

(1) Voy., pour plus de développements, M. Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. I, § 28, p. 171 et 172.

TITRE IV

Subdivision des personnes libres en ingénus et affranchis.

L'*ingénu* est l'homme libre dès sa naissance, l'homme qui n'a jamais été esclave (Instit., *pr.*, liv. I, tit. IV).

L'*affranchi* est celui qui a été légalement esclave et qui est sorti de la servitude (Instit., *eod.*).

Il y a *deux cas* cependant où l'esclavage, après avoir frappé une personne, disparaît sans laisser aucune trace.

Premier cas. — Un citoyen, qui est fait prisonnier, devient esclave; mais s'il trompe la surveillance de l'ennemi et qu'il retourne à Rome, il recouvre tous ses droits, comme un individu qui passerait pour mort et reparaîtrait. La servitude est entièrement effacée. Ce bénéfice est connu sous le nom de droit de retour (*jus postliminii*).

Deuxième cas. — L'empereur, dans sa toute-puissance, peut faire d'un esclave un homme libre, un ingénu. Exemple : il accorde à un esclave de la peine la *restitutio natalium*. Le *natalibus restitutus* est légalement ingénu; il a le *jus ingenuitatis* (L. 2, C., *De jur. aur. annul.*, liv. VII, tit. VIII ; L. 2, C., *De nat. rest.*, liv. XLIX, tit. XI) (1).

Dans quel cas on est ingénu. — L'ingénu étant libre par naissance, il s'agit de savoir quand un enfant naît libre, pour savoir s'il est ingénu.

Posons deux principes :

Premier principe. — Dans le mariage légitime, l'enfant suit la condition de son père.

Deuxième principe. — En dehors du mariage légitime, l'enfant suit la condition de sa mère. Ce deuxième prin-

(1) La *restitutio natalium* entraînant, à la différence du *jus aureorum annulorum*, l'extinction complète de tous les *jura patronatus* exigeait le consentement exprès du patron ou de ses enfants. — V. *infrà*, liv. I, tit. V, p. 28, note 1.

cipe souffre une exception. L'enfant qui naît d'un pérégrin et d'une citoyenne romaine, entre lesquels il n'y a pas de mariage légitime, ne naît point citoyen romain; d'après la loi Mensia, il naît pérégrin.

Ces deux principes se complètent par les deux règles suivantes :

Première règle. — Lorsque l'enfant suit la condition de son père, la condition de l'enfant se fixe au moment où il est conçu (Gaïus, C. I, § 89; Ulpien, *Reg.*, tit. v, § 10).

Deuxième règle. — Lorsqu'il suit la condition de sa mère, la condition se fixe au moment de l'accouchement (Gaïus et Ulpien, mêmes textes).

Cette double règle souffre une exception qui peut se formuler ainsi :

L'enfant conçu est considéré comme étant déjà né toutes les fois que son intérêt l'exige. Le résultat de cette règle est de faire acquérir à l'enfant une condition meilleure.

Exemple : *dans le mariage légitime*, la condition se fixe en général au moment de la conception ; mais si le père, pérégrin au moment de la conception, est devenu citoyen romain lors de la naissance de l'enfant, l'enfant naît citoyen romain. — *Hors le mariage légitime*, la condition se détermine au moment de la naissance. Cependant il peut arriver que la mère soit citoyenne au moment de la conception, et pérégrine au moment de la naissance : dans ce cas l'enfant ne naît pas pérégrin, mais citoyen romain (L. 5, § 2, D., *De stat. homin.*, liv. I, tit. v).

Bien plus, en supposant une femme esclave lors de la conception, libre pendant le cours de la gestation, et redevenue esclave lors de l'accouchement, on décide que l'enfant naît libre (L. 5, § 3, D., *eod tit.*).

Ainsi il suffit que la mère ait été libre pendant un seul moment de la gestation, pour que l'enfant naisse libre. Tels sont les principes posés dans les Institutes (*pr.*, liv. I, tit. IV).

TITRE V

Des affranchis

Définition. — L'affranchissement (*manumissio*) est l'acte par lequel le maître donne la liberté à l'esclave. — Par opposition à l'ingénu l'affranchi s'appelle *libertinus;* dans ses rapports avec son patron, il s'appelle *libertus.*

Modes d'affranchissement.

Il y en a de deux sortes : des modes *solennels,* des modes *non solennels.*

Modes solennels d'affranchissement avant Justinien. — *Avant l'Empire,* il en existe trois : la *vindicte,* le *cens,* le *testament* (Gaïus, C. I, § 17).

Premier mode. — La *vindicte* (*vindicta*). Ce mode d'affranchissement consiste dans un procès fictif en revendication de la liberté. Les parties se rendent devant le magistrat pour faire consacrer par un arrêt un arrangement pris d'avance. Un tiers se porte *assertor libertatis,* c'est-à-dire affirme que le prétendu esclave est un homme libre (*Hunc ego hominem liberum dico*). Le maître ne contredit pas. Le prêteur proclame alors la prétention du demandeur conforme à la vérité et déclare l'esclave libre selon le droit des Romains (*Aio te liberum more Quiritium*). Cette déclaration s'appelle *addictio* (Ulpien, *Regl.*, tit. I, § 7). — D'où vient le mot *vindicte?* La *vindicta,* appelée aussi *festuca* ou *hasta,* est une sorte de lance en bois qui figurait, comme symbole de la propriété, dans tous les procès de revendication (Gaïus, C. IV, § 16 *in fine*). L'*assertor libertatis*, armé de cette lance, est censé mettre la liberté de l'esclave sous la protection de la force.

Dans ce procès fictif le magistrat fait acte de *juridiction gracieuse,* et non de *juridiction contentieuse.* Or, si la juri-

diction contentieuse ne peut être exercée que dans certains lieux déterminés et en certains temps, la juridiction gracieuse peut l'être en tous lieux et en tous temps. Il n'est pas nécessaire que le magistrat siége sur son tribunal. Aussi les Institutes (§ 2, liv. I, tit. v) nous disent que les maîtres qui veulent affranchir leurs esclaves peuvent se présenter sur le passage du magistrat au moment où il va au bain ou au théâtre (Gaïus, C. I, § 20).

Du caractère solennel de la vindicte découlent les conséquences suivantes:

1° La moindre irrégularité dans l'accomplissement des formalités prescrites entraîne la nullité de l'acte tout entier.

2° La représentation n'est pas permise. Ainsi le tuteur, le curateur ne peuvent y figurer pour le mineur ou l'interdit.

3° L'affranchissement est immédiat, absolu: il ne peut être fait sous condition ou à terme.

Deuxième mode. — Le *cens*. L'esclave qui, avec le consentement de son maître, se fait inscrire comme citoyen romain sur les tables du cens, lors du recensement quinquennal, devient libre (Ulpien, *Regl.*, tit. I, § 8).

Le cens, comme la vindicte, exclut l'apposition d'un terme ou d'une condition. Ce mode d'affranchissement a disparu sous Vespasien.

Troisième mode. — Le *testament*. La liberté peut être léguée à l'esclave par testament de deux manières : directement, ou par personne interposée.

Directement quand le testateur dit : *Stichus liber esto*. Il n'y a dans ce cas aucun intermédiaire entre le défunt et l'affranchi. L'esclave devient libre de plein droit du moment qu'il y a un héritier. Il a pour patron le testateur, et non l'héritier. On l'appelle *libertus orcinus*, c'est-à-dire l'affranchi d'un homme déjà dans les enfers. C'est la *libertas directa* (Ulpien, tit. II, § 7).

Par personne interposée, lorsque le testateur charge un

héritier d'affranchir l'esclave (*fidei committo heredis mei ut iste eum servum manumittat*). Dans ce cas, la volonté du testateur est de rendre l'héritier propriétaire de l'esclave. L'héritier, en affranchissant l'esclave, acquiert sur lui tous les droits de patronage. C'est la *libertas fideicommissaria* (Ulpien, *ibid.*).

Remarquons que l'affranchissement par testament, à la différence de l'affranchissement par la vindicte et le cens, se prête à l'apposition d'un terme ou d'une condition, de telle façon que l'effet du legs de liberté soit ou reculé jusqu'à une certaine époque ou subordonné à l'arrivée d'un événement actuellement futur et incertain. L'esclave dont l'état est ainsi en suspens est appelé *statu liber*, et passe provisoirement sous la puissance de l'héritier (Ulpien, tit. II, §§ 1, 2 et 3).

Modes non solennels avant Justinien. — Les modes non solennels sont l'affranchissement par lettres, entre amis, par un messager, et autres que nous indiquerons plus loin.

Intérêt de cette distinction. — Innovations successives. — Pour donner légalement la liberté à un esclave, il fallait, dans l'ancien droit, employer nécessairement l'un des trois modes solennels d'affranchissement; sinon l'esclave ne devenait pas libre. Tel était le premier état du droit.

Premier progrès. — Le préteur est intervenu pour protéger l'esclave contre les caprices de son maître, lorsque celui-ci, après l'avoir affranchi sans solennité, voulait le faire rentrer sous sa puissance, et prétendait exiger de lui des services que l'on ne peut exiger que d'un esclave. L'esclave ainsi affranchi vivait, de fait, comme s'il était libre (*in libertate morabatur*); mais il mourait esclave avec les conséquences légales de cet état; notamment tout ce qu'il avait pu acquérir appartenait à son maître (Gaïus, C. III, § 56).

Deuxième progrès. — Une loi Junia Norbana rendue,

suivant toutes les probabilités, en l'an 671 de Rome, sous le consulat de Junius Norbanus (1), est venue accorder à ces esclaves qui vivaient comme s'ils étaient libres, une situation légale ; elle les assimile aux Latins et leur donne de grandes facilités pour acquérir la cité romaine. De là ils furent nommés *Latins Juniens*.

Latins : — A cause de leur assimilation avec les Latins.

Juniens : — A cause de la loi *Junia* qui leur a accordé ce bienfait.

Condition des affranchis Latins-Juniens. — Ces affranchis ne jouissent point des droits politiques, ni du *connubium ;* mais ils ont le *jus commercii,* c'est-à-dire le droit d'acheter, de vendre, de devenir propriétaires d'après le droit civil. Ils ont la *testamenti factio* et par conséquent ils peuvent figurer dans un testament comme *libripens, familiæ emptor* ou témoins, et même comme héritiers et légataires. Cependant ils ne peuvent recueillir le bénéfice de l'institution ou du legs qu'à la condition de devenir citoyens romains dans les cent jours du décès du testateur. Au surplus, il n'ont qu'une partie de la *testamenti factio;* car ils ne peuvent pas faire un testament. Ils meurent comme s'ils n'avaient jamais cessé d'être esclaves. Les biens qui se trouvent dans leur patrimoine sont dévolus au patron *jure peculii* (Gaïus, C. I, § 23, et C. III, §§ 56 et 58).

Outre ces deux classes d'affranchis, il y a une troisième classe introduite par la loi *Ælia Sentia* (2). Ce sont les

(1) *Sic*, MM. Demangeat, *Cours élém.*, t. I, p. 188 ; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 2e édit., t. I, n° 62, p. 113, texte et note 1 ; Labbé, *à son cours.* — D'autres interprètes placent la date de cette loi sous le règne de Tibère, en l'an 772 de Rome, Junius Silanus et Norbanus Flaccus étant consuls. MM. Ducaurroy, *Instit. de Just.*, t. I, n° 76 ; Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. II, n° 65, texte et note 5 ; Caqueray, *De l'esclavage chez les Romains*, Rev. histor. de dr. franç. et étrang., t. X, p. 312 ; Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. I, p. 454, édit. de 1846 ; Vangerow, *Ueber die Latini Juniani*, § 2 ; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, § 304 *bis*, p. 209.

(2) Les interprètes s'accordent à placer la date de cette loi sous Auguste, en l'an 757 de Rome, pendant le consulat de Sextus Ælius et de Gaïus Sentius.

affranchis *déditices* assimilés aux *peregrini dedititii* dont nous nous sommes occupé plus haut (V. *supra*, p. 19). Cette troisième classe d'affranchis comprend les esclaves qui, avant leur affranchissement, ont subi des peines infamantes, comme la marque, la torture, etc. (Gaïus, C. I, § 13; Ulpien, *Regl.*, tit. I, § 11). Placés dans une condition humiliante (*pessima libertas*), ils n'ont aucun moyen d'améliorer leur sort, car ils sont à tout jamais incapables de devenir citoyens romains ou même Latins (Gaïus, C. I, §§ 15, 26 et 27).

Modes solennels d'affranchissement sous Justinien. — Des anciens modes solennels d'affranchissement deux sont restés en vigueur, la vindicte et le testament (Instit., § 1, liv. I, tit. I). Le cens a disparu avec Vespasien; mais il est remplacé, sous Constantin, par un autre mode solennel, l'affranchissement *dans les églises* (*in sacrosanctis ecclesiis*). Le maître, devant l'évêque et en présence du peuple (*adsistentibus christianorum antistibus*), déclare donner la liberté à tel esclave. Le pontife inscrit l'acte d'affranchissement sur les registres de l'église (LL. 1, 2, C., *De his qui in eccl.*, liv. I, tit. XIII).

Modes non solennels d'affranchissement sous Justinien. — Justinien n'énumère pas les modes non solennels d'affranchissement. Il ne cite que l'affranchissement *inter amicos* et *per epistolam* (Instit., § 1, *eod.*).

Inter amicos. — L'esclave devient libre par une déclaration du maître faite devant quelques amis. La présence de cinq témoins est exigée à peine de nullité. Ce mode ne s'emploie que lorsque l'esclave est présent (L. *unic.*, § 2, C., *De lat. lib. toll.*, liv. VII, tit. VI).

Per epistolam. — Le maître écrit à son esclave absent qu'il lui donne la liberté. Cette lettre doit être signée de cinq témoins (L. *unic.*, § 1, C., *eod.*).

Justinien fait en outre allusion à un autre mode de manumission par ces expressions (*aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem*). C'est le codicille, acte sans solennité.

Il est encore, ajoute Justinien, pour acquérir la liberté, beaucoup d'autres moyens introduits tant par les constitutions anciennes que par les nôtres (Instit., § 1, *eod.*). Ainsi l'affranchissement résulte notamment des hypothèses suivantes : le maître donne dans un acte public à son esclave le nom de fils ; — il marie son *ancilla* à un homme libre, et il la dote par acte écrit ; — il abandonne à l'esclave, devant témoins, les titres qui constatent sa condition ; — l'esclave, d'après la volonté du maître défunt ou de son héritier, a précédé le convoi, la tête coiffée du bonnet de la liberté (L. *unic.*, §§ 5, 9, 10, 11, C., *eod.*). — L'enrôlement dans l'armée, l'attribution d'une dignité (LL. 6 et 7, C., *Qui milit. poss.*, liv. XII, tit. XXXIV), l'entrée dans les ordres ecclésiastiques (Nov. LXXIII, ch. XVII), sont encore des cas plus récents d'affranchissement.

Ainsi, sous Justinien, les maîtres ont à leur disposition des modes d'affranchissement fort nombreux. Cependant, ils n'ont pas la liberté d'affranchir leurs esclaves d'une manière quelconque, sans observer l'une au moins de ces formalités légales.

Condition des affranchis sous Justinien. — Justinien supprime les anciennes divisions des affranchis en Latins-Juniens et en déditices. Il accorde en conséquence à tous les affranchis sans distinction, les droits de cité (Instit., § 3, liv. I, tit. V). Il fait presque disparaître les différences juridiques qui constituaient l'infériorité sociale des affranchis (Nov. LXXVIII, ch. I et II) (1).

Différences entre l'ingénu et l'affranchi — Même sous Justinien, la condition de l'affranchi se distingue toujours de celle de l'ingénu par des différences de fait et de droit.

En fait, l'affranchi continue à rester dans une condition d'infériorité par rapport à l'ingénu.

(1) L'infériorité des affranchis continue toutefois de se manifester, en droit public, par la privation du *jus honorum*, l'exclusion des *sacerdotia* et du sénat. V. M. Willems, *Dr. publ. rom.*, 3e édit., p. 102, texte et note 5.

L'affranchi est adonné au commerce, à l'industrie, à l'étude des arts, des lettres, etc., professions délaissées par l'ingénu qui considère le travail comme une déchéance.

L'affranchi qui sort de l'esclavage n'a point de famille, point de patrimoine.

En droit, la distinction établie par les droits de patronage subsiste toujours. Le patron a des droits sur la *personne* et sur les *biens* de l'affranchi.

1° *Droits sur la personne.* — L'affranchi est tenu envers le patron de tous les devoirs compris dans le mot *obsequia*, c'est-à-dire devoirs d'obéissance, de respect, de reconnaissance. Ainsi, notamment, il doit des aliments à son patron qui vient à tomber dans l'indigence; il ne peut le traduire en justice sans une permission préalable du magistrat (Instit., § 12, liv. IV, tit. VI), ni intenter contre lui une action infamante sous peine de révocation de l'affranchissement (L. 11, § 1, D., *De dol. mal.*, liv. IV, tit. III); s'il veut se donner en adrogation à un tiers, il lui faut le consentement de son patron (L. 15, § 3, D., *De adopt.*, liv. I, tit. VII).

L'affranchi est tenu de certains services. Exemple : soins domestiques, travaux manuels, objets d'art, etc. On les désigne par le mot *operæ*. Mais ces services ne peuvent être exigés par le maître que lorsqu'ils ont été expressément stipulés dans l'acte d'affranchissement, comme une condition de la liberté.

2° *Droits sur les biens.*—A la mort de l'affranchi tous les biens qui se trouvent dans son patrimoine appartiennent au patron ou à ses héritiers *jure peculii* (1) (Instit., § 4, liv. III, tit. VII).

(1) Observons que le *jus aureorum annulorum*, accordé par l'empereur, ne procurait à l'affranchi les avantages de l'ingénuité que dans ses rapports avec les tiers et comme membre de la société; il laissait subsister, à la différence de la *restitutio natalium*, tous les droits du patron soit à la succession, soit aux *obsequia* de l'affranchi; aussi le consentement exprès du patron n'était pas exigé pour la concession du *jus aureorum annulorum*; il suffisait qu'il n'y formât pas opposition (L. 3, D., *De jur. aur. annul.*, liv. XL, tit. X). — V. *suprà*, liv. I, tit. IV, p. 20, note 1.

TITRE VI

Par qui et pour quelles causes les affranchissements ne peuvent être faits.

Caractères généraux de l'affranchissement. — L'affranchissement est un acte public et privé.

Un acte public : — car il fait entrer dans la cité un membre nouveau, il augmente le nombre des hommes libres. D'où résulte, pour l'acte d'affranchissement, la nécessité de l'intervention de la cité, représentée par le magistrat, par le censeur, par le peuple ou les licteurs, par des témoins, enfin par l'évêque, suivant que l'affranchissement a lieu *vindicta, censu, testamento*, ou *in sacrosanctis ecclesiis*. Ce caractère originaire s'efface lorsque les droits de cité sont accordés à tous les affranchis sans distinction. Alors les affranchissements s'opèrent sans le concours de l'autorité publique.

Un acte privé : — car une valeur disparaît du patrimoine du maître, un droit de propriété périt. Aussi l'affranchissement exige le consentement du maître.

Cette règle souffre des exceptions. Il y a des esclaves qui arrivent à la cité contre la volonté de leur maître. Une loi insérée au *Digeste*, liv. XL, tit. VIII, porte ce titre : *De iis qui sine manumissione ad libertatem pervenerunt.* Exemple : — 1° Lorsqu'un maître est assez inhumain pour abandonner son esclave malade (*ob gravem infirmitatem*), un édit de l'empereur Claude autorise l'esclave à aller trouver le magistrat qui lui accordera la liberté (L. 2, D., *eod.*). — 2° L'esclave devient encore libre de plein droit lorsqu'il a été vendu à la condition que l'acheteur l'affranchirait dans un certain délai (L. 3, D., *eod.*). — 3° Un esclave qui découvre le meurtre de son maître obtient la liberté sans affranchissement (L. 4, D., *eod.*). — 4° L'esclave qui pendant dix ans jouit de bonne foi, et à

juste titre, de l'état d'homme libre acquiert la liberté par cette possession prolongée.

Qui peut affranchir ? — Celui-là seul qui a la pleine propriété de l'esclave, la capacité d'aliéner, la qualité de citoyen.

La pleine propriété. — Ainsi l'usufruitier d'un esclave ne peut lui donner valablement la liberté au détriment des droits du nu propriétaire. De même du créancier gagiste, etc.

La capacité d'aliéner. — Les personnes faibles d'esprit, les femmes, les impubères, ne peuvent affranchir sans le consentement de leur tuteur ou curateur.

La qualité de citoyen. — Ainsi un pérégrin qui affranchit un de ses esclaves ne fait qu'un affranchi pérégrin. De même du Latin qui par l'affranchissement ne peut faire qu'un affranchi latin.

Il y a des maîtres qui sont *propriétaires, capables d'aliéner, citoyens romains*, et qui cependant ne peuvent affranchir. Ces restrictions sont formulées dans deux lois : la loi *Ælia Sentia* et la loi *Furia Caninia.*

De la loi Ælia Sentia

Cette loi, rendue sous Auguste, en l'an 757 de Rome, pendant le consulat de Sextus Ælius et de Gaïus Sentius, avait pour but de mettre des bornes aux affranchissements, qui s'étaient multipliés à l'excès.

On peut réduire les dispositions de cette loi à quatre chefs : — Deux chefs sont relatifs à l'affranchi ; — Deux autres sont relatifs au maître.

CHEFS RELATIFS A L'AFFRANCHI

Premier chef. — L'esclave ne doit pas avoir *moins de trente ans.*

S'il n'a pas atteint cet âge, il ne peut être affranchi que par la vindicte avec un juste motif d'affranchissement approuvé par un conseil (*apud consilium, justa causa approbata*).

L'affranchissement accordé au mépris de ce premier chef n'est pas entièrement nul, mais seulement impar-

fait. L'affranchi ne devient pas citoyen romain, il est assimilé aux pérégrins latins (Gaïus, C. I, § 2).

Deuxième chef. — L'esclave qui pendant sa servitude a été mis aux fers, marqué d'un fer rouge, soumis à la torture pour un délit dont il est demeuré convaincu, livré pour les combats du cirque, jeté en prison, ne peut, par l'affranchissement, devenir citoyen romain ; il n'est même pas affranchi latin, mais il est assimilé aux pérégrins déditices (Gaïus, C. I, § 13).

Par la suppression des affranchis latins et déditices, auxquels Justinien accorde désormais les droits de cité, ces deux chefs de la loi *Ælia Sentia* ont été abrogés.

CHEFS RELATIFS AU MAÎTRE

Premier chef. — Le maître qui affranchit l'esclave *en fraude de ses créanciers* (*in fraudem creditorum*), fait un acte nul. L'esclave ne devient pas libre.

Les créanciers qui, par l'action *Paulienne,* pouvaient faire révoquer les actes que le débiteur accomplissait en fraude de leurs droits (D., liv. XLII, tit. LXXXI), n'avaient aucun moyen pour attaquer les affranchissements opérés dans les mêmes conditions. Il était en effet de principe chez les Romains, que la liberté une fois donnée ne pouvait plus être révoquée (*libertas semel percepta nunquam revocatur*). Pour sauvegarder ce principe, il fallait déclarer l'affranchissement nul et non avenu; en sorte qu'il n'y avait pas lieu de révoquer une liberté qui n'avait jamais été concédée. C'est ce que fit la loi *Ælia Sentia.* Cette disposition de la loi *Ælia Sentia* parut tellement juste qu'elle fut étendue aux pérégrins (Gaïus, C. I, § 47).

Dans quel cas s'applique cette loi. — Le mot *fraus* se compose de deux éléments : un élément *matériel,* un élément *moral.*

1° *Elément matériel :* — C'est le préjudice (*damnum,*

eventus damni ou simplement *eventus*), qui résulte de l'affranchissement ; et le préjudice n'existe réellement qu'autant que l'affranchissement dont se plaint le créancier a fait naître ou a augmenté l'insolvabilité du débiteur (Instit., § 3, liv. I, tit. VI). Le créancier prouve cette insolvabilité en saisissant les biens de son débiteur, et en les faisant vendre en justice (*bonorum venditio*).

Dans le principe, on soutenait que cette condition suffisait à elle seule pour motiver l'application de la loi *Ælia Sentia*. Mais Justinien nous apprend que cette opinion n'a point prévalu (Instit., § 3, *eod.*).

2° *Elément moral :* — C'est l'intention (*consilium*), c'est-à-dire la connaissance que le maître a du tort qu'il cause à ses créanciers. Exemple : un maître affranchit son esclave, avant d'avoir appris un désastre qui le ruine. L'affranchissement, préjudiciable aux créanciers, n'en est pas moins valable, parce qu'il s'est opéré *sans fraude* (L. 10, D., *Qui et a quib.*, liv. LX, tit. IX).

Il n'est donc pas nécessaire que le maître ait eu l'intention de nuire à ses créanciers. Il suffit qu'il ait su que par cet affranchissement il se rendait insolvable ou qu'il augmentait son insolvabilité.

A qui profite la disposition de la loi Ælia Sentia ? — A l'égard du maître (*manumissor*) ou de ses héritiers, l'affranchissement est valable. La loi *Ælia Sentia* n'a pas eu pour but de protéger l'intérêt du débiteur. Il en résulte que si le débiteur rétablit ses affaires, si les créanciers se trouvent désintéressés d'une manière quelconque, l'affranchi devient libre. L'affranchissement produira tous ses effets.

La loi *Ælia Sentia* n'édicte donc qu'une nullité relative aux créanciers qui souffrent de l'affranchissement (L. 7, C., *De lib. caus.*, liv. VII, tit. XVI).

Dans quel délai cette nullité peut-elle être invoquée ? — Les créanciers doivent exercer l'action de la loi *Sentia* dans un certain délai qui, suivant toutes les probabilités,

peut être fixé à dix ans (L. 16, § 3, D., *Quid et a quib.*, liv. XL, tit. IX) (1).

Exception à ce chef de la loi Ælia Sentia. — Par faveur pour le maître et non pour l'esclave, une exception a été portée à ce chef de la loi *Ælia Sentia* qui défend au débiteur insolvable d'affranchir son esclave. Une disposition de la loi *Ælia Sentia* même décidait que la *manumissio in fraudem creditorum* vaudrait au cas où le maître aurait affranchi son esclave par testament et l'aurait institué héritier.

C'était un déshonneur chez les Romains que de mourir sans laisser d'héritier. Aussi chacun était préoccupé du soin de s'assurer un continuateur de sa personne.

D'un autre côté, lorsqu'un débiteur insolvable mourait sans héritier, ses créanciers se faisaient envoyer en possession de son hérédité et vendaient les biens sous le nom du défunt. Or cette vente était considérée comme une injure à la mémoire du défunt.

Pour remédier à ces deux inconvénients, il fut établi que l'esclave institué héritier par son maître ne pourrait refuser cette hérédité et deviendrait héritier nécessaire (*heres necessarius*). Les biens du défunt étaient alors vendus sous le nom de l'esclave qui supportait l'infamie résultant de l'état de faillite de la succession. Mais il fallait, pour donner lieu à cette dérogation : 1° qu'aucune des autres personnes qui auraient été instituées avec l'esclave ou à son défaut ne pût ou ne voulût faire adition (Instit., § 1, liv. I, tit. VI), sinon il n'eût pas été nécessaire, pour éviter la honte au défunt, que l'esclave héritât; 2° que le maître insolvable n'affranchît et n'instituât qu'un seul esclave. Si donc le maître avait institué héritiers deux de

(1) *Sic*, MM. Ortolan, *Expl. hist. des Instit.*, t. II, n° 72; Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I. p. 200; Labbé et Gide, *à leurs cours*. — Toutefois, M. Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 2e édit., n° 74, p. 136, enseigne que le droit des créanciers est perpétuel; et il s'appuie sur ce que l'affranchissement *in fraudem*, étant nul de plein droit, ne paraît pas susceptible d'être validé par un laps de temps quelconque.

ses esclaves, c'était le premier inscrit qui devenait libre, l'autre restait en servitude. Mais si l'affranchissement avait été fait de telle sorte qu'il fût impossible de dire lequel des deux esclaves avait été inscrit le premier, ni l'un ni l'autre ne devenaient libres (L. 60, D., *De hered. inst.*, liv. XXVIII, tit. v).

Fallait-il dans le testament qui instituait héritier un esclave que la volonté d'affranchir fût *expressément manifestée?* Les anciens jurisconsultes l'exigeaient (Ulpien, *Regl.*, tit. XXII, § 12); mais Justinien, d'après une juste interprétation de la volonté probable du testateur, décide que par cela seul qu'un esclave est institué héritier, il devient libre. L'institution implique donc l'affranchissement (Instit., § 2, *eod.*).

Deuxième chef. — Le maître qui affranchit doit avoir un certain âge, c'est-à-dire *pas moins de vingt ans.* L'affranchissement au mépris de cette condition est absolument nul, sauf une exception introduite pour le cas où le maître mineur de vingt ans a de justes motifs d'affranchir; et encore il faut que la *iusta causa manumissionis* soit préalablement approuvée par un conseil, et que l'affranchissement ait lieu par un mode spécial, la *vindicta* (Instit., § 4, *eod.*).

Quelles sont les justes causes d'affranchissement? — Justinien n'en donne pas une énumération complète, il ne cite que des exemples. Le conseil a sur ce point un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Ainsi il y a juste cause d'affranchissement, lorsqu'il s'agit pour le maître d'affranchir son père ou sa mère, son fils ou sa fille, son frère ou sa sœur naturels, son précepteur, sa nourrice ou son nourricier, son nourrisson, son frère de lait, un esclave dont il veut faire son procureur, ou une esclave qu'il a l'intention d'épouser (Gaïus, C. I, §§ 19, 39; LL. 11, 12, 13, D., *De manum. vind.*, liv. LX, tit. II).

L'esclave affranchi *procuratoris habendi gratia* doit avoir dix-sept ans au moins. Cet âge était exigé pour postuler

en justice soit comme demandeur, soit comme défendeur.

La femme esclave affranchie *matrimonii habendi causa* ne devient libre qu'autant que le mariage a lieu dans les six mois.

Composition du conseil. — A Rome, il se composait de cinq sénateurs et de cinq chevaliers romains pubères; dans les provinces, de vingt récupérateurs également citoyens romains. La présidence du tribunal appartenait à Rome au consul ou au préteur; dans les provinces, au gouverneur (Gaïus, C. I, § 20).

Ce conseil n'était pas permanent. A Rome, il s'assemblait à certains jours de l'année; dans les provinces, le magistrat faisait des tournées. Le dernier jour des assises (*conventus*) était généralement consacré aux affranchissements.

Un principe dominait : une fois la cause approuvée par le conseil, vraie ou fausse, la liberté n'était pas révoquée : « *Libertas semel data non revocatur* » (Instit., § 6, liv. I, tit. VI; L. 9, § 1, D., *De manum. vind.*, liv. XL, tit. II).

Innovations de Justinien relatives à ce chef. — L'homme âgé de quatorze ans peut faire un testament et disposer de tous ses biens; cependant, s'il a moins de vingt ans, il ne lui est pas permis de laisser la liberté à un seul esclave. Justinien ne voit dans cette conséquence qu'une anomalie révoltante, il le décide ainsi faute d'avoir pénétré l'esprit de la loi *Ælia Sentia* (Instit., § 7, liv. I, tit. VI).

En effet, Justinien ne prend en aucune considération les intérêts de la cité, intérêts que la loi *Ælia Sentia* était chargée de protéger. Celui qui dispose de ses biens par testament ne peut faire de tort qu'à lui-même; au contraire, celui qui légèrement concède la qualité de citoyen à des individus qui en sont indignes expose l'État à de graves périls.

Justinien n'efface pas cependant du premier coup cette

anomalie qu'il révèle. Bien qu'on puisse tester à quatorze ans, l'empereur ne permet pas d'affranchir par testament avant l'âge où l'on peut postuler pour autrui, c'est-à-dire avant dix-sept ans accomplis. L'inconséquence continue à subsister en partie. Ce n'est que par la novelle CXIX (ch. II) que toute différence est supprimée.

Remarquons que la disposition de la loi *Ælia Sentia* reste toujours en vigueur quant aux affranchissements *entre-vifs*. Le mineur de vingt ans qui veut affranchir son esclave doit justifier devant le préteur d'une cause légitime d'affranchissement.

TITRE VII

De la loi Furia Caninia

Cette loi est à peu près de la même époque (an de Rome 761) que la loi Ælia Sentia, car elle est inspirée par le même esprit.

Quel a été le but de cette loi ? — Cette loi ne s'applique qu'aux affranchissements *par testament*.

Lorsque le maître donne la liberté à son esclave par acte entre-vifs, il se dépouille actuellement d'une propriété, il diminue son patrimoine; l'intérêt même du maître est donc le plus sûr garant de la discrétion qu'il portera dans ces sortes d'affranchissements. Au contraire, par l'affranchissement testamentaire il ne fait aucun sacrifice, il n'est plus retenu par l'intérêt personnel, il se montrera donc plus facilement généreux. Cette raison explique suffisamment le but de la loi Furia Caninia qui restreint dans certaines limites les affranchissements testamentaires et laisse toute liberté aux affranchissements entre-vifs (Gaïus, C. I, § 42 à 45; Ulpien, *Regl.*, tit. I, § 24).

Des chefs contenus dans la loi Furia Caninia. — Cette loi contient deux chefs, l'un relatif à la limitation du nombre des affranchissements, l'autre à la désignation des affranchis.

Premier chef. — *Limitation du nombre des affranchissements.* Cette limitation ne s'applique pas lorsque le maître n'a qu'un ou deux esclaves. S'il a trois esclaves, il peut en affranchir deux; de quatre à dix, la moitié; de dix à trente, le tiers; de trente à cent, le quart; de cent à cinq cents, le cinquième. Enfin, si grand que soit le nombre de ses esclaves, le maître ne peut jamais par testament en libérer plus de cent.

Que résulte-t-il, lorsque les affranchissements dépassent le nombre légal? Exemple : le testateur a dix esclaves et il en affranchit huit, c'est-à-dire trois de plus qu'il n'est permis. Les cinq premiers inscrits seront libérés de l'esclavage, mais les trois derniers resteront esclaves. L'affranchissement ne produit pas d'effet à leur égard.

Mais quelle décision donner dans le cas où un testateur, qui a affranchi un trop grand nombre d'esclaves, a écrit les noms en cercle, *in orbem*, afin qu'on ne pût distinguer les premiers inscrits des derniers. Dans ce cas, l'affranchissement est nul pour le tout, et aucun des esclaves n'acquiert la liberté (Gaïus, C. I, § 46).

Deuxième chef. — L'esclave doit être affranchi *nominativement*, c'est-à-dire désigné par son nom, ou au moins par les services qu'il rend. Ainsi, le testateur a dit : « J'affranchis mon intendant (*meus dispensator*), mon maître d'hôtel (*meus obsonator*). » Ces mentions sont suffisantes, car elles ne peuvent donner lieu à confusion. — Est nul tout affranchissement conçu en termes généraux. Ainsi le testateur a dit : « Je libère de la servitude tous les esclaves que j'ai dans telle province ou bien tous les esclaves qui me viennent de la succession de mon père. » (Gaïus, C. II, § 239; Ulpien, *Regl.*, tit. I, § 24.)

Innovation de Justinien. — Justinien commet ici la

même erreur que dans l'interprétation de la loi Sentia : il considère comme une anomalie, une disposition fort sage en elle-même : il déclare contraire à l'humanité d'enlever aux mourants la liberté d'affranchir tous leurs esclaves alors qu'on l'accorde aux vivants, sans songer que les dispositions testamentaires ont toujours été plus sévèrement réglementées par la législation que les dispositions entre-vifs.

Justinien abroge la loi Furia Caninia (Instit., *pr.*, liv. I, tit. VII).

TITRE VIII

Deuxième classification des personnes en *sui juris* ou *alieni juris*.

Cette division nouvelle des personnes n'a trait qu'au droit privé; elle considère les individus dans leurs rapports de famille.

Les personnes *sui juris* sont celles qui ne relèvent que d'elles-mêmes, de leur volonté.

Les personnes *alieni juris* sont celles qui sont soumises à la puissance d'autrui.

Les personnes *sui juris* sont *patres familias* ou *matres familias* suivant leur sexe. Ces expressions n'impliquent nullement la qualité de père ou de mère, mais seulement celle de chef de maison; car on peut se trouver *pater familias* dès l'instant de sa naissance; il suffit pour cela de n'appartenir à la famille d'aucun autre (L. 4, D., *De his qui sui vel alien. jur.*, liv. I, tit. VI).

Quant aux personnes *alieni juris*, elles se divisaient, dans l'ancien droit, en quatre classes : — l'esclave, soumis à la puissance dominicale, — le fils de famille, soumis à la puissance paternelle; — la femme, *in manu*, c'est-à-dire soumise à la puissance du mari ou d'un tiers; — enfin la personne *in mancipio*, c'est-à-dire la personne

libre soumise à la puissance d'une autre personne libre à qui elle a été mancipée (Gaïus, C. I, § 49).

Sous Justinien la *manus* et le *mancipium* ont disparu : c'est ce qui explique, sur ces deux points, le silence des Institutes (*pr.*, liv. I, tit. VIII).

Il ne reste donc plus que la puissance dominicale et la puissance paternelle.

DE LA PUISSANCE DOMINICALE.

Caractère de la puissance dominicale. — La puissance dominicale est du droit des gens (Instit., § 1, *eod.*). — D'où il résulte qu'un pérégrin, aussi bien qu'un citoyen romain, peut avoir des esclaves. Il faut aussi tirer cette conséquence que les modes de transmission de propriété du droit des gens s'appliquent à la transmission des esclaves.

Étendue de la puissance dominicale. — Elle s'étend sur la *personne* et sur les *biens* de l'esclave.

Sur la personne. — Dans le droit primitif, le pouvoir du maître est sans limites, il a le droit de vie et de mort sur l'esclave (L. 1, D., *De his qui sui*, liv. I, tit. VI). — Avec l'Empire s'introduit dans les mœurs plus d'adoucissement. Sous Auguste (1), en l'an 764 de Rome, une loi Petronia enlève au maître le droit de condamner de sa propre autorité son esclave à combattre contre les bêtes féroces (L. 11, § 2, D., *Ad leg. Cornel. de sic.*, liv. XLVIII, tit. VIII). — Claude accorde la liberté à tout esclave abandonné par son maître *ob gravem infirmitatem* et punit le meurtre d'un tel esclave par son maître comme l'homicide d'un homme libre (Suétone, *Claud.*, 25). — Adrien défend

(1) *Sic*, MM. Ortolan, t. II, n° 89 ; Demangeat, t. I, p. 248 : Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, § 304 *bis*, p. 202 ; Villequez, *De l'esclavage chez les Romains*, Rev. hist. de dr. franç. et étrang., t. IX, p. 220 ; De Champagny, *les Césars*, t. II, p. 64 ; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 417, p. 106. — M. Wallon (*Hist. de l'esclav. dans l'antiquité*, t. III, p. 64) en place la date sous Néron, en 814. Comp. M. Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 2e édit., t. I, n° 39, p. 79.

au maître, quels que soient ses griefs, d'infliger la mort à son esclave sans décision du magistrat ; et nous savons, d'après un fragment d'Ulpien (L. 2, D., *De his qui sui vel al. jur.*, liv. I, tit. VI), que cet empereur a condamné à la relégation pendant cinq ans une femme qui, pour des causes légères, avait maltraité ses esclaves. — Antonin le Pieux opère de nouveaux progrès. Par une première constitution, il déclare que celui qui, sans motifs (*sine causa*), tue son esclave, sera puni comme le meurtrier de l'esclave d'autrui, c'est-à-dire de la déportation avec confiscation de tous ses biens ou même de la mort, suivant que le meurtrier est *homo honestus* ou *homo humilis* (Instit., § 2, liv. I, tit. VIII). Par une deuxième constitution, Antonin le Pieux réprime les mauvais traitements, la rigueur excessive du maître contre ses esclaves (*intolerabilis injuria, major asperitas*). Il autorise les esclaves à se réfugier dans les temples auprès des statues des dieux, ou auprès de la statue de l'empereur, comme dans un lieu d'asile. Le magistrat, à Rome le préfet de la ville, examine les griefs du maître, et s'ils ne sont pas fondés, il peut forcer le maître à vendre l'esclave à de bonnes conditions (*bonis conditionibus*). Ainsi le maître recevra une indemnité suffisante, mais il ne pourra pas insérer dans la vente des clauses trop défavorables à l'esclave. Exemple : que l'esclave ne pourra être affranchi, ou qu'il ne sera employé qu'à des travaux malsains (Instit., § 2, *eod.*).

D'après des constitutions de Constantin l'exposition des enfants esclaves est défendue et l'acquisition par un juif d'un esclave chrétien le rend libre (L. 1, C. Th., *De expos.*, liv. V, tit. VII ; L. 1 et 2, C., *Ne christ. mancip.*, liv. I, tit. X). — Enfin, suivant une constitution de Théodose et de Valentinien, la femme esclave, prostituée malgré elle par son maître, a droit à la liberté (L. 6, C., *De spect.*, liv. XI, tit. XL).

Malgré ces réformes, le maître conserve toujours un droit de châtiment (*castigatio*). Si l'esclave meurt des suites

de la correction, le maître n'a rien à craindre, pourvu qu'il n'ait pas eu l'intention de tuer (C., *De emendat. serv.*, liv. IX, tit. XIV).

Tel est encore l'état du droit sous Justinien.

Sur les biens. — Toutes les acquisitions faites par l'esclave profitent au maître. Même dans le dernier état du droit romain, nous trouvons cette incapacité pour l'esclave d'être propriétaire. L'introduction des pécules (*peculia*) ne change rien au principe (Inst., § 1, *eod.*).

Différence dans la condition des esclaves. — D'après les Institutes (§ 5, liv. I, tit. III), il n'y en a aucune. Cette proposition manque d'exactitude.

En fait, il existe des variétés infinies d'esclaves. — Ainsi les uns sont employés aux travaux des champs ; les autres se livrent aux professions manuelles, au commerce, à l'industrie, ou à l'étude des arts libéraux. Celui-ci est intendant (*ordinarius*), et exerce une certaine autorité sur d'autres esclaves placés sous ses ordres (*peculiares* ou *vicarii*) (1). Mais ces différences dépendent de la volonté du maître qui d'un signe peut changer la condition de l'esclave.

En droit, il y a aussi des variétés nombreuses d'esclaves. — Ainsi les esclaves *sine domino*, catégorie comprenant les *servi pœnæ* et les *servi derelicti*, sont, par cela même qu'ils n'ont pas de maître, incapables de figurer dans un acte juridique, et n'ont aucun espoir d'être affranchis. C'est le dernier degré de l'esclavage (L. 17, *pr.*, D., *De pœnis*, liv. XLVIII, tit. XIX). — Les esclaves qui se trouvent dans une condition moyenne, c'est-à-dire ceux qui ont un maître dont ils empruntent la personnalité pour figurer dans les actes juridiques, peuvent sortir de la servitude par l'affranchissement. — D'autres appartiennent à une classe plus favorisée : les esclaves *publics* (*servi publici*), affectés à des emplois d'un ordre assez élevé, comme l'entretien des

(1) Voy., pour plus de détails, M. Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste* t. I, p. 430 et suiv. (édit. de 1846).

routes, la garde des prisons, le recouvrement de l'impôt, etc. Il est permis à ces esclaves d'avoir un pécule, et de disposer de la moitié de leurs biens par testament (Ulpien, *Regl.*, tit. XX, § 16). — Les esclaves *libres par destination* (*statu liberi*). Exemple : je fais un testament dans lequel j'affranchis un esclave sous la condition qu'il m'élèvera un tombeau. A ma mort cet esclave passe à mon héritier. Mais au moment où il aura posé la dernière pierre du tombeau, il sera devenu libre. Jusque-là il y a une attente de la liberté qui constitue une sorte de droit.

Dissolution de la puissance dominicale. — La puissance dominicale cesse dans toutes les circonstances où nous avons vu que l'esclave devient libre (1).

APPENDICE.

Des colons.

Les *colons*, qui reçoivent les dénominations diverses de *coloni*, *agricolæ*, *inquilini*, *tributarii*, *originarii*, *adscriptitii vel censiti*, et autres analogues, forment une classe intermédiaire entre les hommes libres et les esclaves. Ils sont capables d'avoir des droits, et surtout d'être propriétaires, capables aussi de tester et d'hériter *ab intestat;* mais ils sont *servi terræ*, attachés à la terre, eux, leurs femmes et leurs enfants. Quand la terre est aliénée, le colon suit la terre; l'une ne peut être aliénée sans l'autre. Le colon paie au propriétaire une redevance fixée par un contrat ou par l'usage; elle consiste habituellement en fruits (*annua functio, reditus*) (2) (L. 1, C., *De colon. Thrac.*, liv. XI, tit. LI).

La qualité de colon s'acquiert : — 1° par la naissance ;

(1) Ci-dessus, p. 22 et suiv.

(2) Voy., sur l'origine et les causes du développement du colonat, MM. de Savigny, dissertation traduite en français par M. Pellat (*Thémis*, t. IX, p. 62 et suiv.); Guizot, *Cours d'hist. moderne*, t. IV, p. 230 et suiv.; Guérard, *Polyptique d'Irminon*, t. I, p. 225 et suiv.; Giraud, *Essai sur l'histoire du dr. franç. au moyen âge*, p. 148 et suiv.; Michelet, *Mémoires de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. III, p. 655; Laboulaye, *Hist. du dr. de propriété foncière en Occident*, p. 145 à 149; Laferrière, *Hist. du dr. franç.*, t. II, p. 435 et suiv.; Revillout, *Rev. hist. du dr. franç.*, t. II, p. 447 et t. III, p. 209; M. de Fresquet, t. I, p. 140 et suiv.; Rivière, *Hist. des instit. de l'Auvergne*, t. I, p. 73 et suiv.

— 2° par la prescription de trente ans ; — 3° par la convention, du moins depuis Justinien ; — 4° enfin par une disposition législative.

On cesse d'être colon : — 1° par l'affranchissement ; — 2° par la prescription de trente ans ; — 3° par la promotion à l'épiscopat.

TITRE IX

De la puissance paternelle.

Caractère de la puissance paternelle. — La *puissance paternelle* est de droit civil ; elle est propre aux seuls citoyens romains ; par là elle diffère de la puissance dominicale (Instit., § 2, liv. I, tit. IX).

Elle est réservée aux hommes et n'appartient jamais aux femmes.

Elle n'est pas organisée dans une vue de protection pour l'enfant, mais dans l'intérêt du père et dans un but tout politique (1).

Sur qui existe la puissance paternelle. — Le père exerce la puissance paternelle :

1° Sur tous les enfants qui naissent de lui et de son épouse (*ex te et uxore tua*), comme sur tous les petits-enfants ou descendants ultérieurs qui naissent d'un fils de famille, par suite d'un mariage légitime (*ex filio et uxore ejus*). — Quant aux enfants issus de la fille, ils n'entrent jamais dans la famille de leur mère ; ils appartiennent à celle de leur père ou de leur aïeul paternel (Instit., § 3, *eod.*) ;

2° Sur les enfants qu'il a légitimés ;

3° Sur ceux qu'il a adoptés.

Des effets de la puissance paternelle (2). — La puissance paternelle produit des effets relativement à la personne et aux biens des enfants.

(1) Voy., sur ce point, M. Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 2e édit., t. I, n. 75, p. 142 et 143.

(2) Consult., sur cette matière, M. Sumner Maine, l'*Ancien droit*, traduit de l'anglais par M. Courcelle-Seneuil, p. 130 et suiv.

Relativement à la personne.

Dans l'ancien droit, le père de famille, propriétaire de ses enfants comme de ses esclaves, avait sur eux : — 1° le droit de vie et de mort (L. 10, C., *De patr. potest.*, liv. VIII, tit. XLVII); — 2° le droit de les vendre, de les aliéner, de les donner en gage, suivant son bon plaisir et sans restriction aucune (Gaïus, C. I, § 132, et C. IV, § 79); — 3° le droit de les abandonner en réparation du préjudice qu'ils causaient à un tiers. C'est l'*abandon nox* (Gaïus, C. IV, §§ 75 et 79).

Sous l'Empire, cette puissance s'adoucit avec les mœurs.

Quid du droit de vie et de mort? Trajan et Adrien punissent sévèrement des pères qui maltraitent leurs enfants (L. 5, D., *Si a parente*, liv. XXXVII, tit. XII; L. 5, D., *De leg. Pomp.*, liv. XLVIII, tit. IX). Alexandre Sévère enlève aux pères le droit de châtier eux-mêmes leurs enfants; il faut qu'ils portent leur plainte au magistrat toutes les fois qu'ils veulent leur infliger un châtiment plus grave qu'une simple correction. Enfin Constantin condamne le père qui tue son fils à la même peine que le fils qui tue son père (L. 1, C., *De his qui parent.*, liv. IX, tit. XVII).

Quid de la vente du fils? Antonin Caracalla déclare la mancipation du fils par son père une action illicite et déshonnête (L. 1. C., *De liber. caus.*, liv. VII, tit. XVI). Dioclétien prononce la nullité d'une telle mancipation (L. 1, C., *De patr. qui filios suos distr.*, liv. IV, tit. XLIII). Constantin ne permet au père de vendre son enfant que dans un seul cas : lorsqu'il y est forcé par une extrême misère et sous la condition que la vente aura lieu au moment de la naissance de l'enfant (*sanguinolenti*) (L. 1, C. Th., *De his qui sang.*, liv. V, tit. VIII). Maintenue par les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, cette constitution de Constantin est encore confirmée par Justinien (L. 2, C., *De patr. qui fil. distr.*, liv. IV, tit. XLIII).

Quid de l'abandon en réparation? Justinien supprime expressément l'abandon noxal du fils de famille déjà disparu

entièrement des mœurs (Instit., § 7, liv. IV, tit. VIII) (1).

Relativement aux biens.

Sous la République, toute acquisition faite par l'enfant profite au père de famille.

Sous l'Empire, ce principe est modifié. Le fils de famille, dans certains cas, devient capable d'être propriétaire et créancier pour son propre compte, d'avoir un véritable patrimoine (*peculium*) (2).

Observations. — La puissance paternelle ne supprime pas la capacité juridique du fils de famille, elle la paralyse à l'effet d'assurer l'unité de direction dans la maison. Ainsi : — 1° le fils de famille jouit du *commercium* (3), il peut faire tous les actes de la vie civile, à l'exception des testaments (4); par exemple, il s'oblige valablement; mais comme il ne peut obliger le chef de famille, l'engagement qu'il aura contracté ne deviendra réellement efficace que lorsqu'il sera devenu *sui juris*; — 2° le fils de famille jouit du *connubium* (5) et du droit d'agnation; — 3° au point de vue du droit public, le fils de famille est assimilé à un *paterfamilias;* il peut être investi de magistratures; il vote dans les comices; il est apte à exercer une tutelle, considérée comme charge publique (6).

TITRE X

Des noces.

Définition. — On entend par *justes noces*, l'union de l'homme et de la femme, établissant entre les époux une communauté indivisible d'existence (*individuam vitæ consuetudinem continens*). C'est une condition d'égalité. La femme

(1) Voy. ci-dessous, liv. IV, tit. VIII.
(2) Voy. ci-dessous, liv. II, tit. IX.
(3) V. *suprà*, liv. I, tit. III, p. 16.
(4) V. *infrà*, liv. II, tit. XII.
(5) V. *suprà*, liv. I, tit. III, p. 17, et *infrà*, liv. I, tit. X, p. 48.
(6) V. *infrà*, liv. I, tit. XIV.

partage le rang et la condition sociale de son mari.

Des fiançailles. — On entend par fiançailles (*sponsalia*) la promesse (*sponsio*) faite par chacun des futurs époux de s'unir par le mariage.

En général, la validité des fiançailles exige la réunion des conditions requises pour le mariage (V. *infrà*, p. 46 et suiv.). Toutefois les empêchements qui n'ont qu'une cause temporaire telles que l'impuberté, les fonctions publiques, ne forment point obstacles aux fiançailles. De plus, les filles de famille peuvent être fiancées malgré elles par leur père, alors qu'elles ne peuvent pas être mariées contre leur assentiment (LL. 11 et 12, D., *De spons.*, liv. XXIII, tit. I).

Relativement à leurs effets, les fiançailles n'engendrent qu'une obligation purement morale, dont l'exécution ne peut être poursuivie ni directement ni indirectement. Aussi n'est-il point permis de garantir le futur mariage des fiancés au moyen d'une *stipulatio pœnæ*. C'eût été porter atteinte à la liberté des époux. Toutefois, il est d'usage fréquent d'accompagner les fiançailles d'arrhes, de donations ou de présents, réciproques ou non. Si le mariage n'a pas lieu, la partie qui par sa faute en empêche la célébration, perd les arrhes qu'elle a données ou restitue le double de celles qu'elle a reçues; elle ne profite pas des donations à elle faites et ne peut répéter celles qu'elle a pu faire (L. 5, C., *De spons.*, liv. V, tit. I). — L'infidélité de la fiancée est assimilée à l'adultère. — Les injures faites à la future atteignent le fiancé et l'autorisent à exercer l'action d'injures.

Caractère du mariage dans le droit romain. — Dans le droit romain classique, le mariage est un contrat purement civil, et non un acte religieux. Il n'a besoin d'aucune solennité pour être légalement formé; toutefois, en fait, l'usage s'était introduit de l'accompagner de certaines cérémonies (*nuptiarum festivitas*) (1). Cet état de la légis-

(1) Sur les cérémonies en usage dans les mariages soit de patriciens, soit de plébéiens, V. M. Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. III, p. 6 et suiv. (édit. 1847).

lation ne se modifie que sous le règne de Léon le Philosophe (Nov. LXXXIX), qui n'attribue au mariage d'effets civils et juridiques qu'autant qu'il aura été béni par une cérémonie religieuse.

Nos anciens jurisconsultes, Cujas (*Paratitl.* in L. 5, tit. IV, Cod. just.), Pothier (*Pand.* Just., *ad tit. De ritu nupt.*, nos 5 et suiv., et *ad tit. De donat. int. vir. et ux.*, n° 11), Donellus (*Comm. jur. civ.*, L. 13, c. 18, n° 2, et c. 20, nos 1 à 4), enseignaient que le mariage se formait par le seul consentement des parties : « *Nuptias non concubitus sed consensus facit.* » (Ulpien, L. 30, D., *De regul. jur.*, liv. L, tit. XVII). Telle est encore aujourd'hui l'opinion professée par des romanistes distingués (1). — Toutefois une théorie contraire tend à prévaloir dans l'enseignement de la faculté de Paris, où l'on reconnaît qu'il était nécessaire à la perfection du mariage chez les Romains que la femme fût introduite et installée dans la maison de son mari. Si la cohabitation n'était pas exigée comme une condition essentielle du mariage, du moins fallait-il que la femme fût mise à la disposition physique du mari ; d'où cette conséquence que l'absence de la femme, à la différence de celle du mari, rendait la formation du mariage impossible (2).

Preuve du mariage. — L'absence de toute solennité,

(1) *Sic*, MM. Ducaurroy, *Instit. expliq.*, t. I, p. 79 (8e édit.); Namur, *Cours d'Instit.*, 2e édit., t. I, § 67, p. 87 ; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, § 289, p. 159, et *Droit civil annoté d'après le dr. rom.*, p. 15 ; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 390, p. 13, texte et note 1 ; Gide, *à son cours*.

(2) Voy., en ce sens, MM. Ortolan, *Explicat. hist. des Instit.*, t. II, n° 99 ; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 132 ; Guérard, *Essai sur l'hist. du dr. pr. des Romains*, p. 448 ; Demangeat, *Cours élément. de dr. rom.*, t. I, p. 232 et suiv.; Glasson, *Consentement des époux au mariage*, n° 16, p. 34 ; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 2e édit., t. I, n° 80, p. 154 à 153, texte et notes ; Lagrange, *Man. de dr. rom.*, p. 129, texte et note 1 ; Labbé, *à son cours*. Voy. aussi MM. Machelard, *Texte de dr. rom.*, 3e part., *Sur les donations entre époux*, p. 212 et suiv. ; Cauvet, *Droit pontifical chez les anciens Romains*, p. 17 ; — Comp. M. Pilette, *Lettre sur le concubinat*, Rev. hist. de dr. franç. et étrang., t. XI, p. 209 et suiv.

rendait souvent difficile la preuve du mariage. A l'époque du droit classique on avait recours à de certaines présomptions. Sous Justinien, la novelle LXXIV exige pour le mariage de personnes *illustres* la rédaction d'*instrumenta dotalia*. Quant aux personnes de *condition moyenne*, elles ne sont pas obligées de dresser des *instrumenta dotalia*, ce qui implique nécessairement la constitution d'une dot; mais à défaut de ces écrits, elles sont tenues de faire la déclaration de leur mariage au *defensor ecclesiæ* assisté de trois clercs ou d'un plus grand nombre qui figurent comme témoins. Le *defensor ecclesiæ* dresse un acte qui constate la déclaration qui lui a été faite et la date de cette déclaration. L'acte est signé par le *defensor*, les clercs, et les époux; il est remis aux conjoints s'ils le demandent, ou déposé aux archives. Les personnes *viles* ne sont point soumises à ces prescriptions.

Ces règles établies par la novelle LXXIV sont bientôt abolies par la novelle CXVII. En effet, si la rédaction d'*instrumenta dotalia* continue à être exigée des personnes illustres, les personnes de condition moyenne sont dispensées de faire la déclaration devant le *defensor ecclesiæ*.

Conditions nécessaires à la formation des justes noces. — Il y en a trois : — I. La *puberté* et la *nubilité;* — II. Le *consentement;* — III. Le *connubium*.

I. Puberté et nubilité. — Dans le droit primitif, il n'y a pas d'âge fixe. On ne considère que le développement physique des enfants. Sous Justinien, l'homme est pubère à quatorze ans, la femme nubile à douze ans.

II. Consentement. — *Consentement des futurs époux.* La condition de volonté est nécessaire, sans distinguer entre les personnes *sui juris* ou *alieni juris*, entre le *filius familias* et la *filia familias* (1). *Nuptiæ consistere non*

(1) Voy., en ce sens, M. Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, p. 5, n° 2; Oriolan, *op. cit.*, t. II, n° 105; Demangeat, *op. cit.*, t. I, p. 20; Accarias, *op. cit.*, 2e édit., t. I, n° 80, p. 50. — M. Namur cependant (*Cours d'Instit.*, 1re édit., t. I, § 53, p. 83) a enseigné que le père pouvait contraindre la fille de famille à se marier, et qu'il en a été

possunt, nisi consentiant qui... coeunt. (L. 2, D., § 53, *De ritu nupt.*, liv. XXIII, tit. II; V. aussi Nov. CXV, ch. 3, § 11).

Consentement du chef de famille sous la puissance duquel se trouvent ceux qui se marient. Il faut distinguer deux époques :

Dans le droit classique, quiconque est *in potestate* ne peut contracter mariage que du consentement du père de famille. Mais entre le petit-fils et la petite-fille de famille, il y a cette différence que le petit-fils doit obtenir le consentement de son grand-père et celui de son père, tandis que la petite-fille n'a besoin que du consentement de son grand-père. La raison de cette distinction est que le père ne devait point avoir plus tard sous sa puissance des personnes qui seraient entrées dans la famille sans son assentiment, et qui deviendraient malgré lui ses héritiers. Or les enfants, qui naissent du mariage de la petite-fille entrent dans la famille du mari. Les principes se trouvent donc respectés. — L'enfant adoptif n'a besoin que du consentement de l'adoptant, et aucunement du consentement de son père naturel. — L'enfant *sui juris* n'a besoin, pour se marier, du consentement de personne. Cependant les femmes ingénues à l'époque où elles étaient en tutelle perpétuelle avaient besoin, pour se marier, du consentement de leurs tuteurs (Cicéron, *Pro Flacco*, c. XXXIV). — Quant aux affranchies, tant qu'elles ont été soumises à la tutelle de leur patron, il leur a fallu obtenir le consentement de ce patron (Ulpien, *Regl.*, tit. II, § 22).

Jamais le consentement de la mère n'est exigé.

Au Bas-Empire, des principes nouveaux s'introduisent.

ainsi, non-seulement dans le droit primitif, mais même à l'époque de Justinien. A l'appui de son opinion, il invoquait les LL. 2, Dig., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II; 12, Code, *De nuptiis*, liv. V, tit. IV; et 20, Code, *eod. tit.*; dans tous ces textes qui exigent le consentement des futurs époux, il n'est question que du *filius familias*, et non de la *filia familias*. Cet auteur n'a cependant point persisté dans cette opinion dont il n'est plus fait mention dans la deuxième édition de son livre.

Une constitution d'Honorius et de Théodose (L. 20, C., *De nupt.*, liv. V, tit. IV) décide qu'une fille mineure de vingt-cinq ans doit, pour se marier, obtenir le consentement de son père, s'il vit encore; sinon, celui de sa mère; à défaut de mère, celui des plus proches parents. — Cette constitution ne s'applique pas au fils de famille qui continue à être soumis aux anciens principes.

Sous Auguste une loi Julia autorise le magistrat à ne tenir aucun compte du refus non motivé du chef de famille. (L. 19, D., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II).

Si le père de famille est en démence, les enfants soumis à sa puissance peuvent se marier *sine interventu patris* (L. 25, C., *De nupt.*, liv. V, tit. IV).

Dans le cas de captivité du chef de famille, le fils, qui se marie après un délai de trois ans, contracte un mariage valable (L. 9, § 1, D., *De rit. nupt.* liv. XXIII, tit. II). Justinien accorde au fils l'exemption de ce délai lorsqu'il forme une union que son père aurait dû raisonnablement approuver.

Les mêmes règles s'appliquent au cas d'absence du chef de famille (L. 10, D., *De rit. nupt.*).

III. Connubium. — Ce mot a une double acception :

Dans un sens large, il désigne la *capacité générale* de se marier : ainsi un citoyen romain pubère, *sui juris*, a l'aptitude propre à contracter des *justæ nuptiæ*, mais il n'en saurait être ainsi des esclaves, des Latins et des pérégrins.

Dans une acception plus restreinte, mais plus usitée, il détermine la *capacité relative* de s'unir à telle ou telle personne déterminée. Ainsi, un citoyen romain qui a la capacité générale de se marier ne peut cependant pas épouser sa sœur. Le *connubium* n'existe donc pas entre frère et sœur, même citoyens romains.

Des empêchements ou obstacles qui s'opposent au connubium.

On en compte quatre espèces. Les empêchements qui

proviennent : — I. De la parenté. — II. De l'alliance. — III. De certaines considérations civiles. — IV. De considérations politiques.

I. Empêchements résultant de la parenté.

Deux espèces de parenté dans le droit romain :

Une parenté *purement civile*. — L'agnation.

Une parenté *naturelle*. — La cognation.

On entend par *agnation* le lien civil qui unit :

1. Ceux qui sont,
2. Ceux qui ont été et ne sont plus,
3. Ceux qui ne sont pas, n'ont jamais été, mais seraient sous la puissance d'un même auteur commun, s'ils fussent nés plus tôt.

Ceux qui sont. — Exemple : deux frères issus du même père sont sous la puissance de celui-ci et sont agnats.

Ceux qui ont été et ne sont plus. — Exemple : deux frères sous la puissance de leur père, à la mort de celui-ci deviennent *sui juris* et restent agnats.

Ceux qui ne sont pas, n'ont jamais été, mais seraient. — Exemple : les enfants de ces frères, qui, si leur aïeul avait continué de vivre, auraient été avec leurs pères sous la puissance de l'auteur commun, sont agnats entre eux (1).

La *cognation* est le lien naturel qui existe entre personnes qui descendent l'une de l'autre, ou d'une souche commune.

Une personne peut être à la fois *agnat* et *cognat* d'une autre personne. Exemple : l'enfant né *ex justis nuptiis* et son père.

Ou bien *agnat seulement*. Exemple : l'enfant adopté par un étranger est agnat de l'adoptant, et non cognat.

Ou bien *cognat seulement*. Exemple : l'enfant adopté par

(1) Cette définition de l'agnation a été donnée par M. Labbé, *à son cours*. — Voy. aussi M. Brocher, *Et. hist. et philosoph. sur la légitime et les réserves*, p. 26.

un étranger n'est plus que cognat de son père naturel, et non agnat.

Subdivisions de la parenté. — 1° Parenté *en ligne directe;* — 2° *en ligne collatérale.*

La *ligne directe* se compose de parents issus l'un de l'autre. Exemple : le père et le fils.

La *ligne collatérale* comprend les parents qui descendent d'un auteur commun. Exemple : le frère et la sœur.

La ligne directe se divise en ligne directe *ascendante,* et ligne directe *descendante.* Pour une personne, les ascendants sont ceux dont elle est issue, les descendants ceux qui sont issus d'elle.

C'est au moyen de *degrés* que l'on calcule la parenté. La parenté est une échelle dont chaque échelon est occupé par un parent. Le degré est l'intervalle entre deux échelons. Cet intervalle forme une *génération.* La génération suppose donc deux individus.

En ligne directe l'échelle est *simple.* Le fils est au premier degré du père : il n'en est séparé que par un intervalle, etc.

En ligne collatérale, l'échelle est *double.* Il faut remonter l'échelle et la redescendre ensuite. Ex. : le frère est au second degré de parenté de la sœur : car en remontant du frère à l'auteur commun on trouve une génération, une autre en redescendant de l'auteur commun à la sœur, etc.

Dans quelle mesure la parenté fait-elle obstacle au mariage?

En ligne directe ascendante ou descendante, la parenté civile ou naturelle forme un obstacle à l'infini au mariage. Telle est la rigueur de cette prohibition que le père adoptif ne peut épouser ni sa fille ni sa petite-fille adoptive, même après les avoir renvoyées de sa puissance (Instit., § 1, liv. I, tit. x).

En ligne collatérale, la parenté civile ou naturelle s'oppose au mariage, lorsque l'un des parents n'est éloigné

de l'auteur commun que d'un degré. Exemple : le frère ne peut épouser sa sœur, l'oncle sa nièce, le grand-oncle sa petite-nièce, son arrière-petite-nièce, la tante son neveu, etc. L'oncle, la tante, etc., ne sont en effet qu'à un degré de l'auteur commun. Mais, entre le fils de famille et sa sœur adoptive, l'empêchement au mariage cesse par l'émancipation de l'un ou de l'autre (Instit., § 2, *eod.*).

II. Empêchements résultant de l'alliance.

L'*alliance* ou affinité est un lien qui existe entre un conjoint et les parents de l'autre conjoint (1). Elle se divise et se mesure comme la parenté. Le parent de l'un des conjoints est par rapport à l'autre un allié du même degré. — Il est bon de remarquer que cette prohibition ne produit son effet qu'après la dissolution de l'alliance par la dissolution même du mariage d'où elle résultait; car tant que le mariage dure, le fait seul du mariage s'oppose à l'union de deux alliés, aussi bien qu'à toute autre union.

En ligne directe, l'alliance est un obstacle à l'infini au mariage. Exemple: je ne puis pas épouser la mère de ma femme (*socrum*). (Instit., §§ 6, 7).

En ligne collatérale, l'alliance ne formait dans le droit classique aucun obstacle au mariage. Mais, au Bas-Empire, sous l'influence de l'Église, l'empereur Constance défend le mariage entre beau-frère et belle-sœur (L. 2, C. Théod., *De illic. nupt.*, liv. III, tit. XII). Cette prohibition renouvelée par d'autres empereurs chrétiens est maintenue par Justinien (L. 5, C., *De incest. et inut. nupt.*, liv. V, tit. V).

Sanction des empêchements résultant de la parenté et de l'alliance. — L'union contractée au mépris de ces prohibitions est nulle, et constitue un inceste, frappé par la loi de peines corporelles et pécuniaires (L. 39, § 1, D., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II; Nov. XII, c. 1, et CLIV. c. 1).

(1) Il n'y a pas d'affinité entre les parents de l'un des époux et les parents de l'autre.

III. Empêchements résultant de considérations civiles.

1° Les fiançailles ne produisaient pas d'affinité proprement dite; cependant il paraissait contraire aux convenances que le père épousât celle qui avait été destinée à son fils; et réciproquement (L. 12, §§ 1 et 2, D., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II).

2° Un homme, divorcé d'avec sa femme, ne pouvait pas épouser la fille que cette femme aurait eue d'un second mariage; cependant entre cette fille et lui, il n'existait aucun rapport d'alliance.

3° Le mariage était prohibé entre la femme condamnée pour adultère et son complice (L. 40, *pr.*, D., *Ad leg. Jul. de adult.*, liv. XLVIII, tit. V); entre le ravisseur et la jeune fille (L. 1, C. Théod., *De rapt. virg.*, liv. IX, tit. XXIV).

4° Le *contubernium*, ou union des esclaves, impuissant à créer ni parenté ni alliance, formait cependant un obstacle au mariage après l'affranchissement.

5° Le fils ne pouvait pas épouser la concubine du père.

6° Le mariage était défendu entre un tuteur, un curateur, leur fils ou petits-fils, et l'ex-pupille mineure de vingt-six ans, à moins qu'elle ne leur eût été fiancée ou destinée par son père (LL. 26, 47 et 60, §§ 5 à 7, D., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II).

IV. Empêchements résultant de considérations politiques.

1° D'après la loi des Douze Tables le mariage était interdit entre patriciens et plébéiens; mais cette prohibition a été effacée par un plébiscite voté en l'an 310 (*R. f.*) sur la proposition du tribun Canuleius (Tite-Live, *Hist.*, liv. IV, § 2) (1).

2° La même prohibition frappait les mariages entre ingénus et affranchis; mais elle a été supprimée par les lois *Julia* et *Papia Poppæa*, qui cependant ont maintenu la dé-

(1) Voy., sur ce point, M. Cauvet, *le Droit pontifical chez les anciens Romains*, p. 21.

fense faite aux ingénus d'épouser des femmes de mauvaise vie, des comédiennes, etc.; aux sénateurs, à leurs enfants au premier degré, et à leurs autres descendants *per masculos*, d'épouser des affranchies (LL. 43, 44, *pr.*, D., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II) (1). — Justinien dans la Novelle CXVII, c. 6, supprime ces prohibitions de mariage.

3° Un gouverneur ne pouvait pas prendre pour *uxor* une femme domiciliée dans la province qu'il administrait, *ubi manet*. Il fallait en effet maintenir la soumission du gouverneur vis-à-vis du pouvoir central en l'empêchant de se fortifier par des alliances locales (LL. 63 et 65, § 1, D., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II).

4° Valentinien, Théodose et Arcadius avaient défendu le mariage entre juifs et chrétiens (L. 6, C., *De jud.*, liv, I, tit. IX.) Justinien lève cette prohibition.

Effets du mariage. — Les conjoints ont le titre de *vir* et d'*uxor*; ils se doivent mutuellement aide et aliments. Chaque époux a droit vis-à-vis de son conjoint à la fidélité conjugale, et la violation de ce devoir constitue le crime d'adultère. — Les enfants (*justi liberi*), protégés par la présomption, *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, suivent la condition de leur père et vivent sous sa puissance. — Il ne peut y avoir de dot (Instit., § 12, liv. I, tit. X) et de donation à cause de noces que dans les *justæ nuptiæ*. — Du temps ou la *manus* existait, les *justæ nuptiæ* seules la rendaient possible. — Sous les lois caducaires, le mariage relevait de certaines incapacités.

Causes de dissolution.

La mort de l'un des époux; — la perte de la liberté (*captivitate vel alia contingente servitute*); — Le divorce.

1° *La mort de l'un des époux.* — Après la dissolution du mariage, par la mort de la femme, le mari peut contracter immédiatement une nouvelle union. Après la dissolution

(1) M. Machelard, *Dissert. sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires*, p. 48, texte, et note 2.

du mariage par la mort du mari, la femme, avant de se remarier, doit laisser passer un délai prescrit par la loi. Ce délai, d'abord de dix mois (LL. 1, 9, D., *De his qui not. inf.*, liv. III, tit. II), est ensuite porté à douze mois (L. 2, C., *De sec. nupt.*, liv. V, tit. IX). Une union trop rapprochée de la dissolution du premier mariage aurait amené une incertitude dans la paternité, une *sanguinis turbatio*. Le mariage contracté au mépris de cette prohibition n'en est pas moins un *justum matrimonium*. On s'est contenté de décréter la peine d'infamie contre les contrevenants.

2° *La perte de la liberté.* — Lorsque l'un des conjoints devient esclave, le mariage est dissous. Donc faculté est laissée au conjoint libre de se remarier. Cette solution ne fait pas de difficulté toutes les fois que la servitude est ineffaçable. Mais que décider en cas de captivité? Dans le droit romain classique le conjoint du captif est libre de contracter une nouvelle union. Le mariage est si bien dissous, que le *jus postliminii*, qui rétablit le captif rendu à la liberté dans tous ses droits antérieurs, laisse subsister entièrement les effets de la captivité par rapport à la dissolution du mariage. — Au Bas-Empire les principes se modifient. La captivité n'entraîne plus la dissolution du mariage. Il est fait défense au conjoint libre de se remarier aussi longtemps que la mort du captif n'est pas prouvée d'une manière certaine.

3° *Le divorce.* — Le *divorce* a toujours été admis dans la législation romaine. Peu pratiqué dans les premiers temps, il ne devient un abus que vers la fin de la République. Sous Auguste, la loi *de Adulteriis* subordonne la validité de la répudiation à l'emploi de certaines formes (L. un., § 1, D., *Unde vir et uxor*, liv. XXXVIII, tit. XI). Théodose et Valentinien déterminent restrictivement les causes légitimes de répudiation (LL. 1 et 2, C. Théod., *De repud.*, liv. III, tit. XVI; L. 8, C., *De repud.*, liv. V, tit. XVII). Le divorce sans cause légitime expose

celui des époux qui l'a provoqué à certaines peines pécuniaires (1).

DU CONCUBINAT.

Du concubinat et du stuprum. — A côté des *justes noces* se placent d'autres unions qui, s'appuyant sur des *affections sérieuses*, offrent, par leur permanence même, un certain caractère de moralité. Ces unions, sous le nom de *concubinatus*, sont reconnues par la loi qui les distingue des unions *passagères et irrégulières* (*stuprum*), dont le but est la satisfaction d'un caprice.

Cette distinction entre le *concubinatus* et le *stuprum* apparaît avec un sens juridique, sous Auguste (L. 34, *pr.*, D., *Ad leg. Jul. de adult.*, liv. XLVIII, tit. v), qui exclut le *concubinat* de la peine portée contre le *stuprum*. — Les enfants nés d'un *concubinatus* s'appellent *naturales liberi* et ont un père reconnu. Les enfants issus d'un *stuprum* se nomment *spurii* ou *vulgo concepti* et sont sans père reconnu.

Règles communes au concubinat et aux justes noces. — Le concubinat n'existe qu'entre personnes pubères et nubiles (L. 1, § 4, D., *De concub.*, liv. XXV, tit. VII), libres de tout rapport prohibé de parenté ou d'alliance. — Nul ne peut avoir deux concubines, ni une épouse et une concubine (L. 1, § 3, D., *eod tit.*). — Aucune formalité n'est exigée pour se mettre en concubinat; et, comme il en est de même pour les justes noces, la concubine ne se distingue de l'épouse légitime que d'après l'intention des parties et la dignité de la femme.

Différences entre le concubinat et les justes noces. — Dans le concubinat point de dot, point de donations à cause de noces. — La femme n'a point le titre d'*uxor*, elle n'a pas non plus avec son conjoint cette égalité de

(1) Voy. MM. Cauvet, *le Droit pontifical chez les anciens Romains*, p. 27 et suiv.; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, § 300, p. 193 et suiv., et *Droit civil annot. d'après le dr. rom.*, p. 23.

position qui est de l'essence des justes noces (*inæquale conjugium*). — Les enfants qui naissent du concubinat suivent la condition de leur mère, et n'entrent point sous la puissance paternelle. Justinien leur accorde cependant un certain droit relativement à la succession de leur père. — La seule volonté des parties ou de l'une d'elles suffit pour dissoudre cette union : il n'est pas nécessaire de recourir aux formalités du divorce (1).

Suppression du concubinat. — Le concubinat a été supprimé par Léon VI, le Philosophe (Nov. XCI), comme contraire à la morale et à l'esprit du christianisme.

DU MARIAGE DU DROIT DES GENS.

Supérieure au concubinat, mais inférieure aux *justæ nuptiæ*, apparaît une union régulière que les textes qualifient *matrimonium non legitimum* ou *sine connubio*. Cette union, dont l'existence a été contestée, mais à tort suivant nous, trouve sa raison d'être dans les rapports entre Romains et pérégrins, c'est-à-dire entre personnes qui n'ont pas le *connubium* ensemble. Les interprètes la désignent généralement sous le nom de *mariage du droit des gens*. — *Supérieur au concubinat*, le mariage du droit des gens donne au mari une action en adultère contre sa femme coupable (L. 13, § 1, *Ad leg. Jul. de adult.*, liv. LXVIII, tit. v). Il permet à la femme de se constituer une dot qu'elle pourra réclamer à la dissolution du mariage. Les enfants issus d'un pareil mariage ne sont point naturels, et la règle « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* » s'y applique également. Pour rompre cette union, du vivant des époux, il faut recourir aux formalités du divorce. — *Inférieur aux justes noces*, le mariage du droit des gens n'établit pas, sui-

(1) MM. Gide, *Ét. sur la condit. priv. de la femme*, p. 160, note 2; Pilette, *Ét. sur le concubinat chez les Romains*, Rev. hist. de dr. franç. et étrang., t. XI, p. 209 et suiv.; Namur, *Cours d'Instit.*, 2e édit., t. I, § 77, p. 99.

vant toutes probabilités, entre les époux cette complète égalité de position qui est de l'essence même des *justæ nuptiæ*. En effet, si dans cette union la femme a le titre d'*uxor*, elle n'est qu'une *uxor injusta* (L. 37, § 2, D., *ad municip.*, liv. L, tit. I). La femme ne prend pas le domicile du mari; elle garde son domicile antérieur. Le père n'acquiert pas sur les enfants la puissance paternelle du droit civil (1).

Le mariage du droit des gens a presque entièrement disparu depuis Caracalla à la suite de la concession du droit de cité à tous les sujets de l'Empire.

DU CONTUBERNIUM.

Le *contubernium* est l'union des esclaves, ou de deux personnes dont l'une est esclave. Il ne produit guère qu'un pur fait, étranger au droit et sans effet juridique. Impuissant à créer ni parenté, ni alliance, il ne forme un obstacle au mariage qu'après l'affranchissement (2).

DE LA LÉGITIMATION.

On appelle *légitimation* cet événement qui fait acquérir à un père la puissance paternelle sur son enfant conçu en dehors des justes noces. Aussi les modes de légitimation se confondent-ils avec les modes de constitution de la puissance paternelle, et la légitimation appartient-elle au *jus civile*.

Il y a six modes de légitimation, dont deux antérieurs à Justinien.

I. Modes de légitimation antérieurs à Justinien : — la *causæ probatio*, l'*erroris causæ probatio*.

(1) Telle est la doctrine enseignée par MM. Maynz, *Cours de dr. rom.*, 3e édit., t. I, § 33, p. 85, note 11, et t. III, § 387, p. 4; Accarias, 2e édit., t. I, n° 100, p. 201-202; Namur, *Cours d'Instit.*, t. I, § 66, p. 86; Labbé et Demangeat, *à leurs cours*.

(2) Voy., à cet égard, MM. Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. I, p. 430 (édit. de 1846); Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, § 287, p. 454 et 455; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, *loc. cit.*, p. 203.

Premier mode. — La *causæ probatio* avait lieu dans l'hypothèse suivante : un Latin épousait soit une Romaine, soit une Latine junienne ou des colonies, *liberorum quærendorum causa ex lege Sentia.* De cette union, contractée suivant certaines formes, pouvait naître un enfant de l'un ou de l'autre sexe. Lorsque l'enfant était âgé d'un an (*annicubus, annicula*), le Latin se présentait devant le magistrat (*probare causam*) et réclamait l'admission à la cité romaine pour lui-même dans tous les cas, pour sa femme et son enfant, s'il avait épousé une Latine. Le magistrat prononçait sur cette demande. La puissance paternelle était ainsi acquise sur l'enfant (Gaïus, C. I, § 66).

Deuxième mode. — L'*erroris causæ probatio* avait lieu notamment lorsqu'un citoyen romain épousait une Latine, ou une pérégrine qu'il croyait être citoyenne romaine. En réalité, il n'y avait pas de mariage légitime. L'enfant qui naissait de cette union naissait *sui juris,* en dehors des justes noces. — Mais un sénatus-consulte autorisa le père à aller trouver le magistrat, et à lui démontrer la cause de son erreur involontaire (*erroris probare causam*). Par ce moyen, il pouvait faire arriver à la cité romaine sa femme et son enfant. A ce moment même, le mariage se transformait en justes noces, et l'enfant tombait sous la puissance paternelle. Toutefois, pour que la femme devînt dans cette hypothèse citoyenne romaine, il ne fallait pas qu'elle fût une affranchie assimilée aux pérégrins déditices (Gaïus, C. I, §§ 67 à 72).

La *causæ probatio* et l'*erroris causæ probatio* ont disparu sous Justinien.

II. Modes de légitimation sous Justinien. — A cette époque il existe quatre modes de légitimation : par mariage subséquent, par oblation à la curie, par rescrit du prince, par testament.

Premier mode. — *Légitimation par mariage subséquent.* Ce mode, introduit par Constantin, favorisé par Zénon

(L.5, C., *De nat. lib.*, liv. V, tit. XXVII) ne se montre d'abord que comme une mesure provisoire. Sous Justinien il prend un caractère de permanence. Cette légitimation demande l'accomplissement de quatre conditions :

1° Que l'enfant soit né du concubinat, et non de toute autre union irrégulière;

2° Qu'au moment de la conception de l'enfant le mariage entre le père et la mère ne soit défendu par aucune loi;

3° Qu'on dresse un *instrumentum dotale* pour constater la transformation du concubinat en mariage légitime (LL. 10 et 11, C., *De nat. lib.*, liv. V, tit. XXVII);

4° Que l'enfant consente à la légitimation ou, tout au moins, qu'il ne s'y oppose pas; un consentement exprès n'est donc pas exigé (1).

Deuxième mode. — Légitimation par oblation à la curie. On nomme *curie* le sénat d'une ville municipale. Les membres de la curie étaient des agents du fisc; ils répondaient sur leurs biens personnels du recouvrement intégral de l'impôt. Sous l'Empire, ces charges étaient devenues très-lourdes, et n'étaient compensées que par quelques priviléges de minime importance; aussi le vide s'était fait dans la curie. Théodose le Jeune et Valentinien se servirent de la légitimation pour y faire entrer de nouveaux membres. Un père qui n'avait pas d'enfants légitimes pouvait, en offrant son fils naturel à la curie, acquérir sur lui la puissance paternelle. Justinien accorde ce mode de légitimation même au père qui a des enfants légitimes (L. 9, § 3, C., *De nat. lib.*, liv. V, tit. XXVII).

Deux conditions étaient nécessaires sous Justinien pour la validité de cette légitimation. Il fallait : 1° que le père donnât à son fils naturel au moins vingt-cinq arpents de terre; 2° que l'enfant consentît à la légitimation.

Ce mode de légitimation rendait l'enfant légitimé habile

(1) *Sic*, MM. Accarias, n° 116, p. 236 ; Demangeat, p. 277.

à succéder à son père, mais n'établissait aucun rapport de succession entre l'enfant et les parents de son père, agnats ou cognats.

Quant à la fille naturelle, elle pouvait être légitimée par son mariage avec un décurion. La curie trouvait encore là un avantage; car le décurion recevait de sa femme certaines libéralités, et les enfants qui naissaient de cette union étaient décurions, et recueillaient la fortune de leur mère (L. 3, C., *De nat. lib.*, liv. V, tit. XXVII).

Troisième mode. — Légitimation par rescrit du prince. Ce mode, introduit par Justinien dans la novelle LXXIV, exige l'accomplissement de deux conditions :

1° Que le père n'ait aucun enfant légitime;

2° Qu'il lui soit impossible d'épouser la mère de ses enfants naturels, soit à cause de la mort ou de la disparition de la concubine, ou pour toute autre raison valable.

Quatrième mode. — Légitimation par testament. Un père qui n'a laissé que des enfants naturels est mort; mais il a exprimé dans son testament le désir de légitimer ses enfants. Ceux-ci peuvent alors solliciter eux-mêmes de l'empereur le bénéfice de la légitimation qui les rendra habiles à succéder à leur père (Nov. LXXIV, ch. 1 et 2).

LA MANUS ET LE MANCIPIUM.

Outre la puissance paternelle, il existait dans l'ancien droit romain deux autres puissances : la *manus* et le *mancipium*.

La manus. — C'était une puissance particulière qui ne s'exerçait que sur les femmes, et qui découlait du pur droit civil.

A Rome, le mariage, même légitime, ne donnait par lui-même au mari aucune puissance sur sa femme. La *manus* n'était donc qu'un fait accidentel dans le mariage, et non pas une conséquence immédiate et nécessaire.

La *manus* s'acquérait de trois manières : — par la con-

farréation (*farreo*), — par la coemption (*coemptione*), — par l'usage (*usu*) (Gaïus, C. I, § 110).

1° *Par la confarréation* (*farreo*). — C'était une cérémonie religieuse dans laquelle figurait un pain de froment (*farreus panis*) (Gaïus, C. I, § 112). Certaines fonctions sacerdotales ne pouvaient être remplies que par des personnes issues d'un mariage par confarréation. Ce mode était surtout employé dans les familles patriciennes; il avait déjà presque disparu sous Tibère (1).

2° *Par la coemption* (*coemptione*). — Ce n'était plus le caractère religieux qui dominait dans ce second mode d'acquisition de la *manus;* il s'agissait avant tout d'une opération civile, d'une vente solennelle de la femme. Cette vente pouvait être faite *matrimonii causa*, la femme passait alors sous la *manus* de son mari (cette coemption ne pouvait se faire qu'avec le mari); — ou bien *fiduciæ causa*. Dans cette dernière forme, la coemption se faisait ordinairement avec un tiers (2), quelquefois avec le mari lui-même. La *manus* qui résultait de la coemption *fiduciæ causa* n'était que fictive et passagère. En effet, par le contrat de fiducie ajouté à la coemption, le tiers ou le mari *coemptionator* engageait sa foi à affranchir la femme. Le résultat de la coemption *fiduciæ causa* était de faire passer la femme de la tutelle d'une personne sous la tutelle d'une autre, et de lui donner la capacité de tester (Gaïus, C. I, §§ 113 et 123).

3° *Par l'usage* (*usu*). — Ce mode d'acquisition assimilait la femme aux choses mobilières: la femme, en effet, tombait sous la *manus* de son mari, lorsqu'elle avait été possédée par lui pendant une année sans interruption.

(1) Voy., pour plus de détails, MM. Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. III, p. 1 et suiv. (édit. de 1846); Cauvet, *le Droit pontifical chez les anciens Romains*, p. 16 et suiv.; Glasson, *Consent. des époux au mar.*, p. 12 et suiv.; Gide, *Etud. sur la cond. priv. de la femme*, p. 126, note 1; Brocher, *op. cit.*, p. 29.

(2) La *manus* pouvait donc exister sans mariage.

elle voulait échapper à cette puissance, il lui fallait interrompre l'usucapion en s'éloignant du toit conjugal pendant trois nuits consécutives de l'année (*trinoctio*) (Gaïus, C. I, § 111).

Effets de la manus. — La femme *in manu* perdait tous ses droits d'agnation dans sa famille naturelle; mais, par rapport à son mari, elle était assimilée à une fille de famille (*loco filiæ*); elle était considérée comme la sœur de ses propres enfants : d'où résultait pour elle l'agnation avec son mari et ses enfants (Gaïus, C. I, §§ 111 et 114) (1).

Dissolution de la manus. — Elle se dissolvait par les mêmes modes de dissolution que la puissance paternelle, et en outre par le *divorce*.

Il n'était plus question de la *manus* sous Justinien.

Le mancipium. — Le *mancipium*, ou puissance d'un homme libre sur une autre personne libre qui lui avait été mancipée, offrait une grande analogie avec la puissance dominicale. Il s'appliquait à deux classes de personnes : à celles qui, soumises à la puissance d'un père de famille, ont été vendues par le *pater familias*, ou bien à celles qui, placées *in manu* (les femmes), ont été mancipées par le *coemptionator*. C'est de la mancipation qui avait lieu à cette occasion qu'est venu le nom de *mancipium*.

Effets du mancipium. — L'individu placé *in mancipio* était *loco servi* sans être toutefois *servus*. — Comme l'esclave, il était tenu notamment de travailler pour l'acquéreur (*manumissor*); c'était pour ce dernier qu'il acquérait des droits de propriété ou des créances (Gaïus, C. II, §§ 86 et 90; C. III, § 163); il lui fallait, pour devenir *sui juris*, obtenir son affranchissement dans les formes ordinaires

(1) Voy. MM. Namur, *Cours d'Instit.*, 2e édit., t. I, § 64, p. 80 et 81; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, § 314, p. 249. — Suivant M. Gide, *op. cit.*, p. 133, la *manus* se distinguerait de la *potestas* en ce que la *manus*, tout comme la tutelle, ne conférait par elle-même aucun droit sur la personne de la femme, et ne s'exerçait que sur ses biens, au lieu que la *potestas* avait pour objet la personne même de l'enfant ou de l'esclave. Comp. M. Duverger, *Condition polit. et civ. des femmes*, p. 120, note 4.

(Gaïus, C. I, § 138); et cet affranchissement donnait au *manumissor* certains droits de patronage relativement à la tutelle et à la succession de l'individu *in mancipio* (Gaïus, C. I, § 166). — Mais, à la différence de l'esclave, l'individu *in mancipio* libéré du *mancipium* n'était pas rangé dans la condition des affranchis, il reprenait sa qualité d'ingénu, et recouvrait l'exercice de ses droits politiques; il ne pouvait être l'objet d'un droit de possession: d'où cette conséquence probable qu'il ne pouvait acquérir la possession au *manumissor* (Gaïus, C. II, § 90); enfin, il devait être traité avec certains égards, sans quoi le *manumissor* pouvait être poursuivi pour délits d'injures. Jamais au contraire l'action *injuriarum* n'était accordée à l'esclave contre son maître (Gaïus, C. I, § 141).

Dissolution du mancipium. — Le *mancipium* se dissolvait par les mêmes modes d'affranchissement que la puissance dominicale; par la *vindicte*, par le *cens*, par le *testament* (Gaïus, C. I, § 138).

Le *mancipium* avait déjà disparu sous Justinien.

TITRE XI

Des adoptions

Définition. — L'adoption est un acte solennel qui, faisant tomber un citoyen romain sous la puissance d'un autre citoyen romain, établit artificiellement entre eux les mêmes relations civiles qu'eût engendrées la procréation naturelle *ex justis nuptiis*.

Il y a deux espèces bien distinctes d'adoption: l'adoption proprement dite et l'adrogation (L. 1, § 1, D., *De adopt.*, liv. I, tit. VII).

Règles communes à l'adoption proprement dite et à l'adrogation.

1° L'adoptant doit avoir la puberté pleine, c'est-à-dire dix-huit ans de plus que celui qu'il veut prendre pour

fils adoptif, car l'adoption imite la nature (Instit., § 4, liv. I, tit. XI).

2° L'adoption a toujours exigé la présence de l'adopté (Instit., § 8, liv. I, tit. XII). Il en a été de même de l'adrogation jusqu'à Dioclétien.

3° On peut adopter quelqu'un pour fils, pour petit-fils, ou arrière-petit-fils, alors même que l'on n'aurait pas de fils. Mais si l'adoptant a un fils, l'adoption peut s'opérer de deux manières : — ou l'adoptant rattache son petit-fils par adoption à son fils; dans ce cas, le fils de famille doit consentir à l'adoption, pour qu'elle ne lui donne pas malgré lui un héritier sien; — ou bien l'adoptant ne rattache pas son petit-fils par adoption à son fils; alors le fils n'est pas considéré comme le père, mais comme l'oncle par adoption du petit-fils adoptif. Le consentement du fils n'est donc plus nécessaire (Instit., §§ 5, 6 et 7, liv. I, tit. XI).

4° Les femmes n'ayant point de puissance maternelle ne pouvaient, dans l'ancien droit, ni adopter ni adroger (Instit., § 10, *eod.*). Dioclétien permet exceptionnellement à une femme qui a perdu tous ses enfants de se donner un fils adoptif (L. 5, C., *De adopt.*, liv. XIII, tit. XLVIII). Justinien généralise cette faveur, mais seulement à l'égard des femmes qui ont eu des enfants et les ont perdus (Instit., § 10, *eod.*). L'empereur Léon le Philosophe permet l'adoption même aux femmes qui n'ont jamais été mères (Nov. XXIX). Mais cette adoption, accordée par la faveur du prince, ne donne pas la puissance paternelle; elle établit seulement un droit de succession en faveur de l'adopté sur les biens de sa mère adoptive (1).

5° Un castrat ne pouvait, même sous Justinien, ni adopter ni adroger (Instit., § 9, *eod.*). L'empereur Léon efface cette prohibition en accordant au castrat la faculté d'adopter (Nov. XXVII).

(1) *Sic*, MM. Namur, *Cours d'Instit.*, t. I, 2e édit., § 82, p. 104; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, § 308, p. 231.

6° Les esclaves ne peuvent être ni adoptés, ni adrogés (1). — Quant aux affranchis, ils ne peuvent être adoptés et adrogés que par leur patron (L. 3, C., *De adopt.*, liv. VIII, tit. XLVIII ; L. 15, § 3, C., *eod.*).

7° On peut donner en adoption à un tiers celui qu'on a adopté ou adrogé. Ce pouvoir est cependant refusé dans le droit de Justinien à l'adoptant qui n'est pas l'ascendant naturel de l'adopté.

8° Ni l'adoption ni l'adrogation ne comportent l'apposition d'un terme ou d'une condition.

Règles particulières à l'adrogation. — L'adrogeant doit : — 1° être âgé de soixante ans révolus ; — 2° n'avoir ni enfants issus *ex justis nuptiis*, ni enfants devenus tels par une précédente adrogation ou par adoption.

De l'adoption

Suivant que l'on se place avant ou après Justinien, l'adoption se présente avec des formes et des effets différents.

I. Époque antérieure à Justinien.

FORMES DE L'ADOPTION.

L'adoption comprenait deux éléments :

1° La *vente solennelle* (*mancipatio*) ;

2° La *cession en justice* (*cessio in jure*).

L'objet de la mancipation était de dissoudre la puissance paternelle.

L'objet de la cession en justice était de reconstruire au profit de l'adoptant la puissance paternelle.

A l'égard d'un enfant mâle du premier degré, la mancipation devait être répétée trois fois.

Après une première vente, faite par le père naturel, le fils, s'il venait à être affranchi par l'acheteur, retombait

(1) MM. Accarias, *op. cit.*, n° 111 ; Demangeat, *op. cit.*, p. 296.

sous la puissance du père naturel. Il en était de même après une seconde vente et un second affranchissement. Enfin, par une troisième vente, le père mettait entièrement fin à sapuissance paternelle ; mais l'acheteur, au lieu d'affranchir une troisième fois le fils (ce qui l'aurait rendu *sui juris*), le remancipait au père ; par suite le fils se trouvait *in mancipio*. Il ne s'agissait plus que de reconstruire au profit du tiers la puissance paternelle dissoute.

A l'égard d'une fille ou d'un petit-fils, une seule vente suffisait pour détruire la puissance paternelle.

Pour la *cession en justice*, on simulait un procès devant le préteur. Celui qui voulait adopter revendiquait l'enfant comme étant son fils : le père ne contredisait pas. Le magistrat déclarait la prétention du demandeur bien fondée en droit (Gaïus, C. I, § 134) (1).

EFFETS DE L'ADOPTION.

L'adopté sortait de la famille de son père naturel et y perdait tous ses droits d'agnation ; il entrait dans la famille de l'adoptant, et y avait les mêmes droits qu'un enfant issu *ex justis nuptiis ;* car il se trouvait uni à tous les agnats de l'adoptant par le double lien de l'agnation et de la cognation. Dans certains cas ces conséquences pouvaient être regrettables. En effet, si, plus tard, l'adopté était renvoyé par émancipation de sa famille adoptive, ou déshérité par son père adoptif, il n'appartenait plus à aucune famille ; il avait donc perdu sans compensation ses droits d'hérédité dans la succession de son père naturel (Instit., §§ 10 à 12, liv. III, tit. I).

Observations. — L'adoption, s'appliquant à une personne *alieni juris*, ne pouvait, en principe, se traduire pour l'adoptant en un profit pécuniaire, en une augmen-

(1) Voyez la description des formalités en usage pour les adoptions dans l'intéressant ouvrage de M. Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. III, p. 85 et suiv

tation de son patrimoine. Enfin l'adoption ne produisait aucun effet à l'égard des enfants déjà nés ou conçus du mariage de l'adopté. Ces enfants restaient ou naissaient sous la puissance de leur aïeul naturel.

II. Époque de Justinien.

FORME DE L'ADOPTION.

La mancipation et la *cessio in jure* ont disparu sous Justinien. L'adoption s'opère désormais par l'autorité du magistrat, *imperio magistratus*. Les parties comparaissent devant le magistrat compétent, et lui déclarent leur volonté. Le magistrat dresse un acte qui constate l'adoption (Instit., § 8, liv. I, tit. XII; L. 11, C., *De adopt.*, liv. VIII, tit. XLVIII).

EFFETS DE L'ADOPTION.

Il faut distinguer deux cas :

1° Celui où le fils est adopté par une personne autre qu'un ascendant (*extraneus*);

2° Celui où il est adopté par un ascendant.

Dans le premier cas, l'adoption ne produit plus ses anciens effets. L'adopté reste sous la puissance et dans la famille de son père naturel; il conserve tous ses droits d'hérédité. Mais il acquiert en outre des droits à la succession de l'adoptant, lorsque ce dernier meurt sans laisser de testament (*ab intestato*) (Instit., § 2, liv. I, tit. XI).

Dans le second cas, l'adoption conserve tous ses anciens effets (Instit., § 2, *eod.*).

De l'adrogation

L'adrogation ne s'applique qu'aux chefs de famille *sui juris;* elle intéresse l'Etat et la religion. — L'Etat est intéressé, car il y a une famille qui disparaît et s'absorbe

dans une autre famille. — La religion est intéressée, car l'adrogé perd ses sacrifices propres, ses dieux domestiques.

FORMES DE L'ADROGATION.

Ces formes varient suivant que l'on se place à trois époques différentes :

Première époque. — L'adrogation devait être approuvée par les pontifes, après une enquête, sanctionnée par une loi votée dans les comices par curies. Voici comment on procédait : on demandait à l'adrogeant, s'il voulait prendre l'adrogé pour fils; — à l'adrogé, s'il consentait à le devenir; — au peuple, s'il donnait son autorisation (*populi auctoritate*). De cette forme est sorti le mot *adrogation* (Gaïus, C. I, § 99).

Les comices par curies ne pouvaient se tenir qu'à Rome; il en résultait que l'adrogation à l'origine n'était permise qu'à Rome (Gaïus, C. I, § 100).

Deuxième époque. — Déjà vers la fin de la République les curies avaient cessé de se réunir; elles étaient représentées par trente licteurs dans tous les cas où une *lex curiata* était nécessaire suivant les traditions du vieux droit (1).

Troisième époque.—A partir de Dioclétien sans doute (2), l'adrogation n'est plus sanctionnée par une *lex curiata*, œuvre des comices par curies ou des trente licteurs; elle se fait au moyen d'un rescrit impérial (*principali rescripto, auctoritate imperatoris*) (LL. 2 et 6, C., *De adopt.*, liv. VIII, tit. XLVIII; Instit., § 1, liv. I, tit. XI). Dès lors, l'adrogation peut s'étendre aux provinces.

(1) M. Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. III, p. 87 et suiv. (édit. 1847).

(2) MM. Demangeat, *op. cit.*, p. 283; Accarias, *op. cit.*, n° 105, p. 212; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, § 307, p. 230.

EFFETS DE L'ADROGATION.

Ces effets doivent être examinés à un double point de vue : — relativement, aux personnes, — relativement aux biens.

1° *Relativement aux personnes.* — Si un père qui a des enfants en son pouvoir se donne en adrogation, non-seulement il passe lui-même en la puissance de l'adrogeant, mais ses enfants y passent aussi comme petits-fils (Instit., § 11, liv. I, tit. XI).

2° *Relativement aux biens.* — Pendant longtemps, tous les biens qui appartenaient à l'adrogé s'absorbaient dans le patrimoine de l'adrogeant. Sous Justinien, l'adrogeant n'acquiert plus qu'un droit d'usufruit sur ces biens, la nue propriété restant à l'adrogé (Instit., §§ 1 et 2, liv. III, tit. X).

QUELLES PERSONNES PEUVENT ÊTRE ADROGÉES ?

Peuvent être adrogées toutes les personnes qui, si elles étaient *alieni juris*, pourraient être adoptées. Ce principe comporte des exceptions. Ainsi, notamment, ne peuvent être adrogés — le mineur de vingt-cinq ans par celui qui a été son tuteur ou son curateur (L. 17, *pr.*, D., *De adopt.*, liv. I, tit. VII), — les femmes, — les impubères.

Adrogation des femmes. — La forme primitive de l'adrogation rendait impossible l'adrogation des femmes auxquelles il était défendu de paraître devant le peuple assemblé dans ses comices (Gaïus, C. I, § 101). Quand l'adrogation s'est faite par rescrit impérial, les femmes ont pu être adrogées (L. 8, C., *De adopt.*, liv. VIII, tit. XLVIII).

Adrogation des impubères. — L'adrogation des impubères, longtemps défendue (Aulu-Gelle, *Noct. attic.*, V. 19), n'est permise d'une manière générale que par Anto-

nin le Pieux, mais sous certaines conditions (*cum quibusdam conditionibus*).

L'enquête qui précède toute adrogation doit se faire, lorsqu'il s'agit d'un impubère, avec un soin tout particulier.

On examine si l'adrogeant est un homme honnête et de bonnes mœurs; si son projet d'adoption a un motif honorable; si l'adrogation paraît avantageuse pour le pupille (Inst., § 3, liv. I, tit. XI). Cet examen est-il favorable, l'adrogation est permise. Mais l'adrogeant est tenu : — 1° de restituer à l'adrogé tous ses biens, s'il l'émancipe avec une juste cause (*cum justa causa*); — 2° de lui restituer, lorsqu'il l'émancipe *sans juste cause*, ou qu'il le déshérite (et en cas d'exhérédation, on ne distingue pas si elle a lieu avec ou sans juste cause) non-seulement tous les biens qui lui sont arrivés par le fait de l'adrogation, mais encore le quart des biens qu'il laissera à sa mort. Ce quart se nomme la *quarte Antonine;* — 3° de restituer, si le pupille meurt avant l'âge de puberté, tous les biens de l'adrogé à ceux qui seraient les héritiers naturels de l'impubère, si l'adrogation n'avait pas eu lieu, c'est-à-dire à ses plus proches agnats (*Si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent.* Instit., § 3, *eod.*).

La restitution des biens est assurée par un engagement de l'adrogeant pris dans l'ancien droit envers un *servus publicus*, et sous Justinien, envers une *persona publica*, c'est-à-dire un tabellion, espèce de notaire ou de greffier (Instit., § 3, *eod.*). L'adrogeant doit, en outre, fournir une *satisdatio*, c'est-à-dire faire garantir son engagement par des personnes solvables (L. 19, D., *De adopt.*, liv. I, tit. VII). Le bénéfice de cette stipulation peut être invoqué par toute personne qui y aurait intérêt.

TITRE XII

De quelle manière se dissout le droit de puissance paternelle

Il y a sept causes de dissolution.

I. **La mort.** — Soit du fils, soit du père de famille. La mort du père de famille ne libère pas de la puissance paternelle tous ceux qui y sont soumis. Ne deviennent *sui juris* que les enfants du premier degré. Exemple : les fils et les filles de famille. Quant aux enfants des degrés inférieurs, petits-fils ou arrière-petits-fils, ils ne deviennent *sui juris* que lorsqu'il n'y a pas dans la famille d'intermédiaire entre eux et leur aïeul; ce qui a lieu, si, à la mort de l'aïeul, le fils est sorti de la famille par l'émancipation, ou est prédécédé (Instit., *pr.*, liv. I, tit. XII).

II. **La perte de la cité.** — La puissance paternelle, droit essentiellement civil, ne peut exister qu'au profit d'un citoyen romain sur un autre citoyen romain. La perte de la qualité de citoyen entraîne donc la dissolution de la puissance paternelle. Or la qualité de citoyen se perdait avant Justinien par l'interdiction de l'eau et du feu (Gaïus, C. I, § 128). On ne pouvait chez les Romains enlever à un citoyen malgré lui ses droits de cité. Aussi, pour le forcer à s'expatrier de lui-même, on le privait de tout ce qui était nécessaire à l'existence. Sous Justinien la *déportation* remplace l'interdiction de l'eau et du feu. Mais cette peine peut être révoquée par l'empereur, et le déporté peut être restitué dans ses droits (*restitutio*). Cette *restitutio* a plus ou moins d'étendue. Elle peut être :

1° *Pure et simple :* dans ce cas, le déporté rentre dans ses droits de citoyen; mais la puissance paternelle n'est pas rétablie.

2° *Entière* (*in integrum*), dans ce cas, le déporté, res-

titué dans sa dignité, dans son rang, dans tous ses biens, recouvre la puissance paternelle qu'il a perdue (Instit., § 1, liv. I, tit. XII).

La relégation dans une île n'est pas la déportation; elle n'entraîne ni la perte de la qualité de citoyen, ni la dissolution de la puissance paternelle (L. 7, § 3, D., *De interd. et releg.*, liv. XLVIII, tit. XXII; Instit., § 2, *eod.*).

III. La perte de la liberté. — La puissance paternelle ne peut exister qu'au profit d'une personne libre sur une autre personne libre.

Quelles sont les causes qui entraînent la perte de la liberté? Les Institutes (§ 3, *eod.*) nous donnent trois causes : 1° la peine des travaux forcés dans les mines (*qui in metallum damnantur*); 2° la condamnation aux bêtes. Mais un peu plus tard ces condamnations cessent, en vertu d'une novelle de Justinien (XXII, ch. 8), de produire l'esclavage et par voie de conséquence d'entraîner l'extinction de la puissance paternelle (1); 3° la captivité chez l'ennemi; il y a dans ce dernier cas quelque chose de particulier. C'est le droit de retour ou *jus postliminii*. Grâce au bénéfice de ce droit de retour, le captif qui est parvenu par un moyen quelconque à s'échapper des mains ennemies, est censé n'avoir jamais été en captivité, n'être jamais sorti du nombre des citoyens. Par conséquent il a conservé, avec ses droits civils, sa puissance paternelle (Instit., § 5, *eod.*).

Mais pendant le temps de la captivité du père, l'état des enfants reste en suspens parce que le *jus postliminii* peut se réaliser. Si le père revient, il aura ses enfants en sa puissance. S'il meurt dans les fers, les enfants seront réputés libres (*sui juris*), depuis le jour où le père

(1) Voy., en ce sens, MM. Ortolan, *Expl. hist. des Instit.*, t. I, n° 160; Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 303; Labbé, *à son cours*. — Suivant M. Accarias (*Préc. de dr. rom.*, 2e édit., t. I, n° 118, p. 246), la condamnation *ad metallum* aurait continué, même après la novelle 22, ch. 8, d'emporter extinction de la puissance paternelle, non plus parce qu'elle rendait le condamné esclave, mais parce qu'elle lui ôtait le *jus civitatis*.

aura été pris, *exinde ex quo captus est pater* (Instit., *ibid.*).

IV. L'élévation à certaines dignités. — Avant Justinien la puissance paternelle était dissoute : 1° quand le fils de famille devenait *flamen dialis*, c'est-à-dire pontife spécialement consacré à Jupiter ; 2° quand la fille de famille se vouait à Vesta (*vestalis*) (Gaïus, C. I, § 130). Dans les Institutes (§ 4, *eod.*), Justinien nous dit que ni l'état des armes ni la dignité de sénateur et de consul ne délivrent le fils de famille de la puissance paternelle. Mais il attache cet effet à la dignité de patrice (conseiller intime de l'empereur). Plus tard, par la novelle LXXXI, Justinien décide que tout fils de famille qui devient consul, préfet du prétoire, maître de cavalerie, questeur du palais, évêque, est libéré de la puissance paternelle. D'ailleurs, par une faveur spéciale, le dignitaire conserve tous ses droits d'agnation (*jus agnationis*). Il succède à son père, et, s'il a des enfants, il exerce sur ses enfants la puissance paternelle à la mort de l'auteur commun.

V. L'émancipation. — Par l'émancipation, le père de famille rend *sui juris* une personne soumise à sa puissance (Instit., § 6, liv. I, tit. XII).

Celui qui a sous son pouvoir un fils, et de ce fils un petit-enfant, est libre d'émanciper le fils en retenant le petit-fils ou la petite-fille ; et, réciproquement, de retenir le fils en émancipant le petit-fils ou la petite-fille ; ou bien de les rendre tous maîtres d'eux-mêmes (Instit., § 7, *eod.*).

Le consentement de l'enfant est nécessaire à l'émancipation ; il suffit cependant qu'il n'y oppose aucune contradiction (Paul, *Sent.*, § 5, liv. II, tit. XXV). Ainsi un *infans* peut être émancipé.

Il en est de même du consentement du père de famille qui, en principe, ne peut être contraint à émanciper son enfant (Instit., § 10, *eod.*). Par exception, cependant.

l'émancipation peut être imposée au père de famille dans certains cas, notamment, lorsqu'il maltraite son enfant (L. 5, D., *Si a par.*, liv. XXXVII, tit. XII), prostitue ses filles (L. 6, C., *De spectac.*, liv. XI, tit. XL), et consent une adoption désavantageuse pour l'enfant.

Formes de l'émancipation. — Les formes de l'émancipation varient suivant que l'on se place à trois époques différentes.

1° *Dans l'ancien droit*, les formes de l'émancipation se confondaient avec celles de l'adoption. Ainsi la dissolution de la puissance paternelle s'opérait au moyen de ventes fictives (*imaginarias venditiones*), comme dans l'adoption (1).

L'enfant, après la troisième vente qui avait épuisé la puissance paternelle, tombait dans une condition analogue à celle de l'esclave (*in mancipio*). Le *mancipium* ne se trouvait éteint, et l'enfant ne devenait *sui juris* que par l'affranchissement fait par l'acheteur. Mais l'acheteur qui affranchissait était assimilé à un patron, et acquérait sur l'enfant tous les droits de succession et de tutelle. Il y avait donc là un résultat désavantageux pour le père de l'enfant : on y remédiait dans l'usage par la clause du contrat de fiducie (*contracta fiducia*). Par cette clause l'acquéreur s'obligeait à retransférer au père la propriété de l'enfant. Le père affranchissait alors son enfant et acquérait sur lui et sur ses biens les droits de tutelle et de succession (Paul, *Sent.*, liv. II, tit. XXV, § 2; Gaïus, C. I, § 132).

2° *Sous Anastase*, l'émancipation s'accomplissait au moyen d'un rescrit impérial, qui devait être insinué par un magistrat compétent, c'est-à-dire transcrit sur des registres publics (*emancipatio anastasiana*). Cette nouvelle forme d'émancipation ne s'opposait pas, comme l'ancienne, à l'émancipation d'un absent, mais il fallait toujours ce-

(1) Voy. ci-dessus, p. 65.

pendant le consentement de l'émancipé (L. 5, C., *De emanc.*, liv. VIII, tit. XLIX).

3° *Sous Justinien,* l'émancipation consiste dans une simple déclaration faite devant le magistrat qui prend acte du consentement des parties (Instit., § 6, *eod.*). Le contrat de fiducie est désormais toujours sous-entendu dans cette émancipation qui donne au père émancipateur les droits de tutelle et de succession (L. 6, C., *De emanc.*, liv. VIII, tit. XLIX).

Révocation de l'émancipation. — L'émancipation, comme l'affranchissement, peut être révoquée pour cause d'ingratitude (L. 1, C., *De ingr. lib.*, liv. VIII, tit. L).

VI. L'adoption. — Dans l'ancien droit, l'adoption entraînait toujours pour le père naturel la perte de sa puissance paternelle sur l'enfant. Sous Justinien, ce résultat ne se produit que si l'enfant est donné en adoption à un ascendant (1).

Observation commune à la dissolution de la puissance paternelle par l'émancipation et l'adoption.

Il est de principe en droit romain que l'enfant, dans un mariage légitime, suit la condition de son père au moment de la conception. Si donc il était conçu, lorsque son père a été émancipé ou donné en adoption, il appartiendra à la famille de son aïeul. S'il n'a été conçu qu'après l'émancipation ou l'adoption de son père, il naît sous la puissance de son père ou de son aïeul adoptif.

Ces règles offraient plus d'intérêt dans l'ancien droit, lorsque l'émancipation et l'adoption s'opéraient par des ventes successives, séparées par des intervalles de temps souvent considérables. La conception de l'enfant pouvait se placer dans un de ces intervalles. L'enfant conçu avant la troisième mancipation naissait sous la puissance de son aïeul. Quant à l'enfant conçu après la troisième mancipation, mais avant l'affranchissement de son père, il était

(1) Voy. ci-dessus, p. 67.

conçu *in mancipio*: d'après la rigueur des principes, il eût dû naître *in mancipio*. Tel était l'avis de certains jurisconsultes. Cependant une autre opinion a prévalu qui considère la condition de l'enfant comme incertaine, tant que le père est *in mancipio*; mais aussitôt que le père sera affranchi, l'enfant tombera sous sa puissance.

VII. La coemption. — C'était une sorte de vente qui faisait acquérir au mari sur sa femme (*loco filiæ familiæ*) tous les droits d'un père de famille, et détruisait la puissance du père naturel (Gaïus, C. I, § 136). Ce mode a disparu sous Justinien.

TITRE XIII

Des Tutelles

Subdivision des personnes sui juris.

Justinien divise les personnes *sui juris* en trois classes: les unes sont en tutelle, les autres en curatelle, d'autres enfin ne sont ni en tutelle, ni en curatelle (*Quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur*. Instit., *pr.*, liv. I, tit. XIII).

Définition et caractère de la tutelle. — La *tutelle* est une puissance sur une tête libre donnée et permise par le droit civil pour la protection de celui qui, à cause de son âge, ne peut se défendre lui-même. Telle est la définition que nous donnent les Institutes (§ 1, *eod.*) d'après Servius.

Les tuteurs sont ceux qui ont cette puissance, cette autorité (Instit., § 2).

Reprenons la définition de la tutelle. C'est une *puissance* (*vis ac potestas*). Elle se présente à nous avec un caractère nouveau, qui n'est pas attaché à la puissance paternelle ou à la puissance dominicale. L'idée de protection est ici dominante (*ad tuendum*) (Instit., § 2).

Sur une tête libre (*in capite libero*). — Ces mots indiquent que la personne soumise à la tutelle doit être *sui juris*, c'est-à-dire libre et de la puissance dominicale et de la puissance paternelle.

Donnée et permise par le droit civil. — Quoiqu'il soit conforme à la raison naturelle que tous les incapables soient protégés, l'organisation de la tutelle est de droit civil. Elle est assujettie à certaines règles particulières. La tutelle est *donnée* (*data*), lorsque c'est la loi elle-même qui la confère à telle ou telle personne désignée. Elle est *permise* (*permissa*), lorsque le testateur, usant de la permission que lui donne la loi, désigne lui-même le tuteur.

Quelles personnes sont en tutelle? — Sont en tutelle : 1° les impubères *sui juris;* 2° les femmes pubères à tout âge.

Nous nous occuperons d'abord de la tutelle des impubères.

Classification des tutelles. — Il y a trois sortes de tutelles : la tutelle *testamentaire*, la tutelle *légitime*, c'est-à-dire déférée directement par la loi, la tutelle *dative*, c'est-à-dire déférée par le magistrat.

TITRE XIV

Tutelle testamentaire

Généralités. — La tutelle testamentaire est préférée à toutes les tutelles; et ce n'est qu'à défaut d'un tuteur testamentaire qu'on a recours aux autres tuteurs. Anciennement cette tutelle ne pouvait être conférée que par testament; dans le dernier état du droit, elle peut l'être par codicille confirmé.

Qui peut donner un tuteur par testament? — Le chef

de famille seul peut nommer des tuteurs testamentaires. Par conséquent, ce droit n'appartient ni aux femmes, ni à celui qui n'aurait que des descendants par les filles, ni *a fortiori* à celui qui serait sans enfants.

A qui peut être donné un tuteur par testament ? — A ceux-là seuls qui, placés actuellement sous la puissance du chef de famille, deviennent à sa mort *sui juris;* en d'autres termes, à ceux qui sont appelés à lui succéder comme héritiers siens *jure civili.* Exemple : un aïeul ne peut donner un tuteur à ses petits-fils ou à ses petites-filles que lorsque ces enfants ne doivent pas, après sa mort, retomber au pouvoir de leur père. Si donc, au moment où il meurt, l'aïeul a encore son fils sous sa puissance, il ne pourra pas nommer à ses petits-enfants un tuteur testamentaire (Instit., § 3, liv. I, tit. XIII).

La faculté de nommer un tuteur testamentaire peut s'exercer, même à l'égard des enfants légitimes que le disposant exhérède sans leur rien laisser (L. 4, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II).

La nomination d'un tuteur testamentaire à l'enfant émancipé est nulle en principe. Cependant, le magistrat, par considération pour la volonté du père, la validera purement et simplement (*sine inquisitione*); et même son intervention laissera au tuteur sa qualité de tuteur testamentaire (Instit., § 5, liv. I, tit. XIII).

On peut aussi nommer un tuteur à l'enfant *posthume*, c'est-à-dire à l'enfant né après la mort du testateur, mais conçu de son vivant. Cujas a donné du mot posthume une interprétation qui n'a point prévalu. D'après lui posthume désignerait l'enfant né après la confection du testament, mais avant la mort du testateur.

Remarquons d'ailleurs que le père de famille ne peut nommer un tuteur testamentaire au posthume que dans le cas où il pourrait en nommer un à un enfant déjà né. Il faut donc que le posthume soit dans une position telle, que, s'il était né du vivant du testateur, il aurait été héri-

tier sien, sous la puissance immédiate du défunt (Instit., § 4, *eod.*).

Cette décision relative à l'enfant posthume est contraire aux principes. En droit romain, on ne peut insérer une disposition quelconque dans un testament, qu'autant qu'elle regarde une personne certaine, dont on se figure les qualités individuelles.

Observation. — Pour que la tutelle testamentaire existe, il faut une manifestation non équivoque de la volonté du testateur. Les Institutes (§ 5, liv. I, tit. XIV) nous donnent quelques règles d'interprétation de cette volonté. Lorsqu'un testateur a nommé des tuteurs *à ses fils* ou *à ses filles*, ces expressions comprennent ceux ou celles qui sont *posthumes;* mais elles ne comprendraient pas *les petits-enfants* (*nepotes*). Il en serait autrement, s'il avait dit *liberis suis;* ce mot s'appliquerait aux petits-enfants aussi bien qu'aux enfants. Mais, si le tuteur était donné *posthumis*, cette expression s'appliquerait à tous les autres petits-enfants aussi bien qu'à l'enfant posthume.

Qui peut être nommé tuteur testamentaire? — Peut être nommé tuteur testamentaire, celui avec qui on a faction de testament, c'est-à-dire celui qui pourrait être institué héritier ou gratifié de legs (*testamento tutores hi dari possunt cum quibus testamenti factio est*) (L. 21, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II). Il faut, en outre, que la personne appelée à la tutelle soit capable de remplir les charges publiques : car, à certains égards, la tutelle est une charge publique.

En conséquence se trouvent exclus de la tutelle un pérégrin, un affranchi *déditice*, un déporté, une personne incertaine, c'est-à-dire celle dont le testateur ne peut se faire une idée nette, *quia certo judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere* (Instit., § 27, liv. II, tit. XX).

Mais, parmi les personnes avec lesquelles existe la faction de testament, toutes ne peuvent être appelées à la tutelle.

Ainsi : le Latin-Junien a la faction de testament pour être institué héritier ou légataire, il n'est cependant pas apte à la tutelle (Ulpien, *Regl.*, tit. XI, § 16).

La femme, incapable de remplir les charges publiques, ne peut être tutrice (L. 26, *pr.*, D., *De tut. test.*, liv. XXVI, tit. II). Cependant l'empereur peut la relever de cette incapacité, et lui accorder la tutelle de ses propres enfants (L. 18, D., *De tutel.*, liv. XXVI, tit. I). Une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius (L. 2, C., *Quand. mulier tut.*, liv. V, tit. XXXV), et une novelle de Justinien (CXVIII, ch. V) introduisent sur ce point des modifications considérables.

L'esclave. — On peut nommer un esclave tuteur testamentaire en lui donnant la liberté. Dans le dernier état du droit, la nomination du tuteur implique affranchissement (Instit., § 1, liv. I, tit. XIV). Mais il en est autrement lorsque l'esclave n'est appelé à la tutelle que par l'erreur d'un maître qui l'a cru libre. Dans ce cas, en effet, il n'y a pas eu intention d'affranchir (§ 1). De même on ne peut donner cette interprétation favorable à la volonté du testateur qui a nommé son esclave tuteur sous cette condition, *quum liber erit*, c'est-à-dire *pour le temps où l'esclave sera libre* (§ 1). — On ne peut davantage nommer tuteur l'esclave *d'autrui* (§ 1). Tout au plus, avec la clause *quum liber erit*, la nomination de l'esclave d'autrui sera-t-elle conditionnelle, c'est-à-dire subordonnée à sa liberté. A défaut de cette clause, la nullité est de droit. Sous Justinien, cependant, le maître est, sauf preuve du contraire, censé avoir donné la liberté fidéicommissaire à l'esclave d'autrui qu'il a nommé tuteur. En conséquence, l'héritier doit acheter l'esclave et l'affranchir. Cet affranchissement le faisant entrer dans la condition des hommes libres, le rendra apte à remplir les fonctions de la tutelle (L. 10, § 4, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II).

Le fou (*furiosus*) ne peut être tuteur, aussi longtemps que durera sa folie (Instit., § 2, liv. I, tit. XIV).

Le mineur de vingt-cinq ans, jusqu'à ce qu'il ait atteint sa majorité (§ 2, *eod.*).

Sous quelles modalités peut être faite la tutelle testamentaire. — La nomination d'un tuteur testamentaire peut être *conditionnelle* ou *à terme*.

Conditionnelle de deux manières différentes : — ou la tutelle sera subordonnée à l'accomplissement d'un fait (*sub conditione*), exemple : *Primus* sera tuteur de mes enfants, *si navis ex Asia venerit* ; — ou elle prendra fin par l'arrivée de tel événement déterminé (*usque ad certam conditionem*), exemple : *Primus*, tuteur de mes enfants, cessera de l'être, *si navis ex Asia venerit.*

A terme de deux manières différentes : — ou *Primus* sera nommé tuteur pour un certain temps (*ad certum tempus, ad diem*), exemple : pour cinq ans ; — ou il ne le sera qu'à partir de telle époque (*ex certo tempore, ex die*), exemple : *Primus* prendra la tutelle de mes enfants cinq ans après ma mort (Instit., § 3, liv. I, tit. XIV; L. 8, § 2, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II).

Justinien a cru nécessaire de s'expliquer sur ce dernier point, parce que l'institution d'héritier pour un temps, ou à partir d'une certaine époque, était nulle.

Observations.

1° Avant Justinien, il existait, entre les Proculiens et les Sabiniens, une controverse sur la question de savoir, si la nomination du tuteur, faite dans le testament, avant l'institution d'héritier, était ou non valable (Gaïus, C. II, § 229 et suiv.). Justinien adopte l'avis des Proculiens et déclare valables, non-seulement la nomination d'un tuteur, mais même les legs et les affranchissements écrits *ante heredis institutionem* (Instit., § 3, *eod.*).

2° En principe, un tuteur ne peut être donné au pupille ni pour certains biens, ni pour certaines affaires seulement. Une pareille dation méconnaîtrait le caractère essentiel de la tutelle dont le but est de protéger le pupille dans tous ses intérêts (Instit., § 3) ; en conséquence

elle est entièrement nulle (L. 13, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II). — Au surplus, rien n'empêche de donner au même pupille plusieurs tuteurs. Ces différents tuteurs, investis des mêmes droits, exercent la même mission, et sont engagés par une égale responsabilité. Cette pluralité de tuteurs est donc destinée à assurer plus de garanties au pupille.

TITRE XV

Tutelle légitime des agnats

Définition. — On appelle, en général, tuteurs *légitimes*, ceux qui reçoivent leur mission de la loi elle-même, mais surtout ceux qui sont appelés en vertu de la loi des Douze Tables, soit expressément, soit par voie de conséquence (Ulpien, *Regl.*, tit. II, § 3). Tel est le caractère de la tutelle des agnats organisée expressément par la loi des Douze Tables (Instit., *pr.*, liv. I, tit. XV).

Quand s'ouvre la tutelle légitime des agnats? — Elle s'ouvre :

1° Lorsque le père de famille n'a pas fait de testament, ou ce qui revient au même, n'a fait aucune *datio tutoris* dans le testament qu'il laisse, ou bien a désigné un tuteur incapable;

2° Lorsque le tuteur désigné est mort ou est devenu incapable du vivant du testateur (Instit., § 2, liv. I, tit. XV);

3° Lorsqu'il meurt ou devient incapable même après être entré en fonctions, *filio adhuc impubere manente* (L. 6, D., *De legit. tut.*, liv. XXVI, tit. IV);

4° Lorsqu'il a été nommé *usque ad diem* ou *usque ad conditionem*, et que le terme est arrivé ou la condition accomplie ;

5° Lorsqu'il a été nommé sous condition, et que la condition est défaillie.

En un mot, la tutelle n'est déférée aux agnats que quand il est bien certain qu'il n'y a pas ou qu'il n'y aura pas de tuteur testamentaire (L. 2, *pr.*, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II).

Ainsi un tuteur est nommé à terme ou sous condition, ou le tuteur appelé est fou, malade, ou captif, la tutelle légitime s'effacera devant la tutelle déférée par le magistrat, jusqu'au jour où le tuteur capable de droit, mais incapable de fait, pourra remplir ses fonctions : si grand est le respect que porte la loi à la volonté du père de famille ! La nomination qu'il a faite dans son testament, bien qu'en réalité elle puisse se réduire à une expectative, frappe la famille de déchéance, et confie le soin des enfants, durant le temps de l'incapacité, à la sollicitude du magistrat.

A qui parmi les agnats est déférée la tutelle? — La tutelle légitime est déférée à l'agnat ou aux agnats du degré le plus proche; à celui-là ou à ceux-là mêmes qui recueilleraient la succession de l'impubère, s'il venait à mourir, et qui, partant, ont le plus d'intérêt à la conservation de son patrimoine. Aussi cet agnat ou ces agnats peuvent-ils revendiquer la tutelle légitime comme un droit (Instit., § 8, liv. I, tit. XVI).

Par exception, la tutelle légitime ne suit pas l'hérédité, lorsque c'est une femme qui se trouve au plus proche degré d'agnation, car les femmes, malgré leur vocation héréditaire, sont, d'après la loi des Douze Tables, incapables d'être tutrices (L. 1, § 1, D., *De leg. tut.*, liv. XXVI, tit. IV).

A défaut d'agnats, la loi des Douze Tables appelait à la tutelle légitime les *gentiles* (1). Telle est du moins l'opinion généralement enseignée (2).

(1) Voy. ci-dessous, liv. III, tit. II.

(2) *Sic*, MM. Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. II, n° 493 (7e édit.); Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 338; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, n° 432; Labbé, *à son cours*. — Cette opinion a reçu un

En nous disant quels sont les droits des agnats à la tutelle, les Institutes nous apprennent comment on peut perdre avec la qualité d'agnat les droits de tutelle qui y sont attachés. Puis, élargissant le cercle de cette étude, elles exposent quelles sont les déchéances qui peuvent frapper le citoyen romain.

TITRE XVI

De la diminution de tête.

Définition.—Le mot *caput* (1) désigne ici l'ensemble des droits dont se compose l'état des personnes. On lui donne souvent pour synonyme le mot *status.* — Quant aux mots *deminutio* ou *minutio* (2), ils impliquent l'idée d'une déchéance, ou tout au moins d'une transformation que subit le *status.*

Des éléments constitutifs de l'état des personnes. — L'état du citoyen romain se compose de trois éléments principaux (L. 1, D., *De cap. min.*, liv. IV, tit. v) :

1° La liberté ; — 2° la cité ; — 3° l'agnation.

Les changements d'état peuvent porter sur l'un, ou sur quelques-uns de ces éléments.

caractère de probabilité encore plus évident par la découverte du texte de la *Laudatio funebris de Turia*, publiée par M. Ch. Giraud (dans ses *Vestigia juris romani*, p. 230 et suiv., et dans son *Novum Enchiridion juris romani*, p. 670 et suiv.). Ce texte prouve que, pour les femmes pubères, il y avait une tutelle des *gentiles*. Donc cette espèce de tutelle devait exister pour les impubères. Pour en douter, il faudrait démontrer que les Romains avaient deux systèmes de tutelles : l'un pour les pupilles et l'autre pour les femmes pubères. V. M. Lyon-Caen, sur M. Accarias, *Rev. crit. de législat.*, 1874, t. III, p. 394.

(1) Suivant Niebuhr, *Hist. rom.*, t. I, p. 606, t. II, p. 460, et M. de Savigny, *Zeitschrift fur geschichtliche Rechts.*, t. VI, n° 5, t. XI, n° 2, le mot *caput* aurait originairement désigné le chapitre consacré à chaque citoyen sur les registres du cens, et le mot *deminutio* les suppressions ou modifications apportées à ce chapitre.—V. cependant M. Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 98, p. 296, note 36 (3e édit.).

(2) Le mot *minutio* ou *deminutio* signifie proprement *destruction* et non pas *diminution*. V. MM. Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, n° 177, p. 393 ; Gide, *Rev de législat.*, année 1874, p. 39, note 5.

Ainsi un citoyen peut devenir esclave. Il peut sortir de la cité, et ne pas tomber en servitude. Il peut sortir de la famille et rester citoyen et libre. On a gradué ces déchéances, suivant les modifications plus ou moins profondes qu'elles apportaient à l'état du citoyen.

Des différents degrés de capitis deminutio. — Il y en a trois :

1° La *maxima capitis deminutio ;*

2° La *media capitis deminutio ;*

3° La *minima capitis deminutio.*

Les causes qui entraînent la *maxima capitis deminutio* sont celles qui réduisent en esclavage ; elles nous sont déjà connues (1); qu'il nous suffise donc de les énumérer. C'est, sous Justinien, la condamnation à une peine emportant la *servitus pœnæ ;* la révocation de l'affranchissement pour ingratitude ; le fait de s'être laissé vendre comme esclave pour partager le prix (Instit., § 1, liv. I, tit. XVI).

Les causes qui entraînent la *media capitis deminutio*, sont celles qui font perdre la cité. Nous les avons aussi étudiées (2). Ainsi, telle est, au temps de Gaïus, l'interdiction de l'eau et du feu, remplacée, sous Justinien, par la déportation dans une île (Instit., § 2, *eod.*).

Les causes qui entraînent la *minima capitis deminutio* sont celles qui font sortir de la famille. Elles nous sont déjà connues : la *manus*, l'adrogation, la légitimation, l'adoption et l'émancipation (Instit., § 3, *eod.*).

Une discussion s'est élevée sur le caractère de la *minima capitis deminutio.* Suivant M. de Savigny (*System.*, t. II, appendice 5, n. 11 et suiv.), il n'y aurait *minima capitis deminutio* qu'autant qu'il y aurait déchéance, diminution dans l'aptitude juridique de la personne. Ce qui conduit à dire : 1° que les enfants de l'adrogé qui passent avec leur père sous la puissance de l'adrogeant ne subissent point de *minima capitis deminutio.* En effet ils

(1) Voy. ci-dessus, tit. III, p. 13 et suiv.
(2) Voy. ci-dessus, tit. XII, p. 71.

sont, après l'adrogation de leur père, ce qu'ils étaient, avant cet événement, des fils de famille; — 2° Que la fille *in patria potestate*, passant *in manum mariti*, aussi bien que le fils *in potestate*, émancipé par déclaration du magistrat, n'ayant rien perdu, ou ayant vu même, comme dans le dernier cas, leur condition s'améliorer, ne sont pas *capite minuti*.

Ce système n'est qu'une pure conjecture que les textes contredisent de la manière la plus nette (Gaïus, C. I, § 162; L. 3, *pr.*, D., *De cap. min.*, liv. IV, tit. v; Ulpien, *Regl.*, tit. XI, § 13). Aussi on reconnaît aujourd'hui unanimement que la *minima capitis deminutio* est la conséquence de tout changement de famille (1). Cette question ne manque pas d'ailleurs d'intérêt, puisque la *capitis deminutio* même *minima* entraîne des effets d'une certaine gravité.

La *maxima capitis deminutio* implique toujours les deux autres; la *media capitis deminutio* comprend aussi la *minima*.

Des principaux effets de la capitis deminutio. — La *capitis deminutio* : — 1° rompt l'agnation (Gaïus, C. I, § 158); — 2° fait disparaître la *gentilitas* (2); — 3° entraîne la perte de la qualité de patron et de tous les droits qui y sont attachés (Gaïus, C. III, §§ 51 et 83); — 4° fait tomber le testament antérieur (Gaïus, C. II, § 145); — 5° éteint soit les droits d'usufruit et d'usage déjà établis, soit la créance qui a pour objet la constitution de ces droits (sous Justinien cet effet n'est plus produit par la *minima capitis deminutio*); — 6° fait périr le droit que la *litis contestatio* a fait naître en faveur du *capite minutus* demandeur dans une instance constituant un *judicium ligitimum*; — 7° cause la dissolution de la société dont le *capite minutus* faisait

(1) *Sic*, MM. Ducaurroy, t. I, n° 235; Ortolan, t. II, n° 207 (7e édit.); Demangeat, t. I, p. 348 et suiv.; Accarias (2e édit.), t. I, n° 180, p. 400, texte et note 2; Vangerow, *Lehrbuch*, § 34; Goudsmit, *Cours des pandect.*, § 23, p. 50; Namur, *Cours d'Instit.* (2e édit.), t. I, § 42, p. 57; Machelard et Labbé, à *leurs cours*. — Voy. toutefois, M. Maynz, t. I, § 98, p. 294, texte et note 34 (3e édit.).

(2) *Sic*, MM. Demangeat, t. I, p. 347; Accarias, t. I, n° 182, p. 394.

partie (Caïus, C. III, § 158); — 8° libère de ses dettes le *capite minutus* à moins qu'elles ne résultent d'un délit ou d'un quasi-délit. (L. 2, § 3, D., *De capit. min.*, liv. IV, tit. v).

Restent *intacts* après la *capitis deminutio :*

1° La *cognation*, c'est-à-dire le lien du sang. Ainsi le fils émancipé pourra toujours demander des secours alimentaires à son père naturel. Il en serait toutefois autrement, si la cognation résultait exclusivement de l'agnation, en vertu de ce principe : *Cessat causa, cessant effectus* (Instit., § 6, liv. I, tit. xvi);

2° L'obligation naturelle de payer ses dettes;

3° L'obligation civile quand il s'agit de dettes provenant d'un délit ou d'un quasi-délit;

4° L'action d'injures. Lorsque j'ai reçu un outrage, l'action que me donne la loi survit à toute *capitis deminutio* qui me frappe.

TITRE XVII

Tutelle légitime des patrons

La tutelle des affranchis appartient aux patrons ou aux descendants même exhérédés des patrons (Gaïus, C. III, § 58). Ce sont, en effet, ces personnes qui tiennent lieu d'agnats aux affranchis.

Cette tutelle est appelée *légitime*, parce qu'elle dérive non des termes exprès, mais d'une interprétation de la loi des Douze Tables. En effet, de ce que la loi des Douze Tables ordonne que l'hérédité des affranchis, morts intestats, soit déférée aux patrons et à leurs enfants, les jurisconsultes ont conclu que, dans l'esprit de la loi, la tutelle devait appartenir aux patrons et à leurs enfants, puisque les agnats qu'elle appelle à l'hérédité sont les mêmes qu'elle appelle à la tutelle. Il y a donc une corrélation intime entre les avantages de l'hérédité et les charges de la tutelle (Instit., liv. I, tit. xvii).

Une exception existe pour la femme qui affranchit l'esclave impubère; elle est appelée à l'hérédité, tandis qu'un autre est appelé à la tutelle par le magistrat (Instit., *ibid.*).

Quid de l'affranchi Latin-Junien ? En principe l'affranchi Latin-Junien a pour tuteur son patron ou les héritiers du patron, descendants ou autres (Gaïus, C. I, § 167). Mais si l'affranchi est devenu Latin-Junien par l'effet d'une *manumissio* opérée par un maître qui n'avait sur lui que la propriété bonitaire (*in bonis*), il se trouve placé sous la tutelle de son *dominus ex jure Quiritium* ou des descendants de ce dernier, tandis que ses biens, s'il vient à mourir, seront dévolus au *dominus* qui l'avait *in bonis* (Gaïus, C. III, §§ 56 et suiv.).

TITRE XVIII

De la tutelle légitime des ascendants

Par imitation de la tutelle des patrons et de leurs descendants, il a été déféré au père émancipateur, sur les enfants émancipés avant leur puberté, une autre tutelle qui s'appelle aussi *légitime* (1). Légitime, par déférence pour l'émancipateur auquel sa qualité de père devait assurer au moins autant d'honneur qu'à un patron. Car cette tutelle restait en dehors des prévisions de la loi des Douze Tables (Instit., liv. I, tit. XVIII).

TITRE XIX

De la tutelle fiduciaire

Cette tutelle appartenait à l'origine au *manumissor*, et à ses enfants, sans qu'il y eût à distinguer entre l'ascendant émancipateur ou un *extraneus*. Toutefois l'ascendant émancipateur était, comme nous venons de le voir, par

(1) Voy. ci-dessus, p. 82.

une faveur toute spéciale, qualifié de tuteur *légitime*. Les descendants du père émancipateur, aussi bien que l'émancipateur étranger et ses enfants, s'appelaient *fiduciaires*, sans doute à cause des pactes de fiducie qui, à l'origine, intervenaient le plus ordinairement dans les affranchissements.

Sous Justinien, la tutelle fiduciaire de l'émancipateur étranger et de ses enfants a disparu, par suite de la suppression des anciennes formes de l'émancipation (1). La tutelle fiduciaire des descendants du père émancipateur subsiste seule, avec son ancienne qualification qui ne présente plus guère qu'un sens purement historique, surtout depuis les modifications introduites par la novelle CXVIII.

TITRE XX

Tutelle déférée par le magistrat

Généralités. — La tutelle déférée par le magistrat nous transporte à un état social plus avancé. Grâce à l'ingérence de l'Etat dans la protection des incapables, la tutelle perd son caractère domestique et ne conserve que le caractère d'une charge publique.

Les commentateurs modernes appellent tuteurs *datifs* (2) ces tuteurs nommés par le magistrat; mais cette dénomination n'est point usitée dans les textes qui les désignent ordinairement sous le nom de tuteurs Atilien et Julio-Titien du nom des lois *Atilia, Julia-Titia,* qui ont organisé cette espèce de tutelle.

Dans quels cas il y a lieu à la tutelle déférée par le magistrat. — Le magistrat défère la tutelle:

1° Quand le pupille n'a ni tuteur testamentaire, ni tuteur légitime, ni tuteur fiduciaire;

(1) Voy. ci-dessus, p. 74.
(2) Dans l'ancien droit, on appelait *dativus* le tuteur donné par testament (Ulpien, *Regl.*, tit. XI, 14 ; Gaius, C. I, § 154).

2° Quand le tuteur testamentaire est attendu; ce qui arrive lorsqu'il a été donné *ex die certo* ou *sub conditione* (1);

3° Quand le tuteur testamentaire ou légitime, entré en fonctions, se fait excuser ou est destitué (L. 11, § 4, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II);

4° Quand le tuteur donné au pupille est fait prisonnier par l'ennemi (L. 15, D., *De tutel.*, liv. XXVI, tit. I);

5° Quand le tuteur testamentaire ou légitime capable de droit est incapable de fait : ce qui arrive lorsqu'il devient fou, sourd ou muet, etc.

A quels magistrats appartient la datio tutoris? — Le droit de nommer un tuteur est un droit exorbitant, exceptionnel. Aussi n'appartient-il qu'au magistrat nominativement investi de ce pouvoir par un acte législatif.

A Rome, quatre magistrats ont été successivement compétents pour déférer les tutelles :

1° D'après une loi Atilia (2), le *préteur urbain* assisté du collége des tribuns du peuple (Instit., *pr.*, liv. I, tit. XX);

2° Sous le règne de Claude, les *consuls,* après une enquête sur la moralité, la capacité et la fortune du tuteur (Instit., § 3, *eod.*);

3° Sous le règne de Marc-Aurèle, le *prætor tutelaris;*

4° Enfin, à une époque indéterminée, le *préfet de la ville* partage cette charge avec le préteur *secundum suam jurisdictionem* (Instit., § 4, *eod.*). Tel est le dernier état du droit.

Dans les provinces, la loi *Julia-Titia,* rendue sous Auguste, en 723 (3), établit la législation de la tutelle qui est restée invariablement fixée jusqu'à Justinien.

Le *gouverneur* de la province a toujours été investi du droit de nommer les tuteurs. — Depuis Justinien, les *ma-*

(1) Voy. ci-dessus, p. 81.
(2) La date de cette loi est incertaine; elle est, dans tous les cas, antérieure à l'an 557 de Rome.
(3) Comp. M. Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 426, texte et note 15.

gistrats municipaux ont le droit de nommer les tuteurs, lorsque la fortune du pupille ne dépasse pas 500 solides (Instit., §§ 4, 5, *eod.*). Il est probable qu'avant Justinien, ces magistrats municipaux n'avaient qu'un droit de présentation qu'ils exerçaient en produisant une liste des individus qu'ils jugeaient capables de remplir les fonctions de tuteur. Le gouverneur choisissait sur cette liste.

La nomination du tuteur par le *gouverneur* était faite *après enquête* (*ex inquisitione*); ce qui dispensait le tuteur de fournir une caution.

La nomination du tuteur par les *magistrats municipaux* se faisait *sans enquête*. Dans ce cas, le tuteur était obligé de fournir une caution.

Observations. — La nomination du tuteur est un acte solennel (*actus legitimus*). — Elle doit être pure et simple et actuelle. — Le consentement du tuteur nommé et du pupille n'est pas nécessaire. — Le magistrat nomme spontanément ou sur requête. Certaines personnes, comme l'*affranchi* et la *mère*, sous la sanction de peines graves, devront requérir le magistrat d'agir. L'obligation qui leur est imposée se nomme *petitio tutoris* (L. 2, *pr.* et § 1, *Qui pet. tut.*, liv. XXVI, tit. VI).

TITRE XXI

De l'administration et de l'autorisation des tuteurs

De l'administration des tuteurs.

Fonctions relatives à la personne du pupille. — Le tuteur, en cette seule qualité, demeure étranger à tout ce qui concerne l'éducation de l'impubère. C'est au magistrat seul qu'appartient le droit de décider comment le pupille sera élevé et à qui il sera confié, à la charge toutefois de prendre l'avis du tuteur et des parents de l'impubère.

Fonctions relatives aux biens du pupille. — Le principe

qui régit l'administration du tuteur est qu'il doit apporter à la gestion des intérêts du pupille tous les soins qu'il apporte à ses propres affaires. En conséquence, il est autorisé à vendre toutes les choses sujettes à dépérissement (L. 5, § 9, D., *De adm. et peric. tut.*, liv. XXVI, tit. VII), à prendre possession de l'argent comptant pour le placer à intérêt, ou l'employer dans des achats d'immeubles (L. 5, *pr.*, D., *eod.*). Il doit poursuivre les débiteurs du pupille (L. 15, D., *eod.*), payer ses créanciers (L. 9, § 5, *eod.*), soutenir les actions en justice (L. 1, § 2, D., *eod.*), veiller à l'acceptation des successions avantageuses, des legs ou des donations soit entre-vifs, soit *mortis causa*, en un mot faire tout ce qui est nécessaire pour conserver et augmenter la fortune du mineur.

Étendue des pouvoirs des tuteurs. — Par rapport au pupille le tuteur doit être assimilé à un mandataire. Il peut faire des actes à titre onéreux, mais non des actes à titre gratuit.

L'acte est à titre onéreux, lorsqu'on en retire un avantage équivalent à celui que l'on procure à un tiers. De part et d'autre il ne saurait en résulter aucun amoindrissement du patrimoine. — En principe, le tuteur peut faire ces actes à titre onéreux de sa seule volonté; par exception, il lui faut obtenir un décret du magistrat pour certains actes graves, notamment pour les aliénations d'immeubles ruraux, ou suburbains depuis Septime Sévère et Caracalla (D., *De reb. cor.*, liv. XXVII, tit. IX), et des maisons et meubles précieux depuis Constantin (L. 22, C., *De adm. tut.*, liv. V, tit. XXXVII).

L'acte est à titre gratuit, lorsqu'on donne sans recevoir d'équivalent. Il en résulte nécessairement pour l'auteur de cet acte un appauvrissement de son patrimoine. Ainsi le tuteur ne peut faire notamment : — des donations soit entre-vifs, soit à cause de mort (L. 22, D., *De peric. tut.*, liv. XXVI, tit. VII), des affranchissements, etc.

De l'auctoritas des tuteurs.

Chez les Romains, il faut agir en personne. On ne devient créancier ou débiteur qu'autant que l'on a figuré soi-même dans l'acte. Permettre au tuteur de faire les affaires du pupille, c'est donc le rendre personnellement créancier ou débiteur. Mais si la plupart des actes peuvent être faits par le tuteur, comme mandataire, il en existe qui, à raison de leur nature, de certaines solennités particulières, doivent être accomplis par la partie intéressée elle-même. Telles sont, notamment, les *legis actiones*, la *manumissio vindicta*, l'*in jure cessio*, la *mancipatio*, la *stipulation*, l'*acceptilation*, l'*adition d'hérédité*.

D'un autre côté, le pupille est capable de droit, s'il est incapable de fait; et son impuissance dérive de la nature, et non de la loi.

De ces considérations est née l'*auctoritas tutoris*. C'est une espèce de puissance d'une nature particulière, créée dans l'intérêt du pupille. Grâce à elle, le tuteur complète la personnalité juridique du pupille qui, ainsi fortifiée, peut figurer dans un acte, sans que sa faiblesse ou son ignorance l'en éloigne; et lorsque le pupille agit avec cette autorisation, les conséquences de l'acte se réalisent directement en sa personne.

Mais le pupille peut-il toujours et à tout âge figurer en personne dans les actes qui nécessitent sa présence et exigent l'*auctoritas* du tuteur? Il faut distinguer suivant que le pupille est *infans* ou qu'il est sorti de l'*infantia*.

L'*infans* est celui qui ne sait pas encore parler; il ne peut figurer dans aucun acte. Un contrat, une obligation, sont accompagnés de paroles ou de faits, que ne saurait ni dire ni accomplir l'enfant en bas âge. Mais comme il faut agir en personne, la fortune du pupille pourrait être compromise, si quelqu'un n'intervenait pour lui. Le tuteur peut, il est vrai, agir seul en sa qualité d'administrateur; mais ce moyen ne laisse pas que d'être dangereux en cas d'insolvabilité future du tuteur et de sa caution.

Un autre moyen se présente. L'esclave du pupille, empruntant la capacité de son maître, prononcera pour lui, soit l'interrogation, soit la réponse; et l'effet de l'obligation se réalisera dans la personne du pupille.

Quant aux actes qui ne peuvent être accomplis ni par le tuteur en sa qualité d'administrateur, ni par l'esclave, et qui, soumis à certaines conditions de formes, exigent la présence du pupille et sa participation directe sous la réserve de l'*auctoritas tutoris*, l'embarras devait être fort grand dans le droit ancien, vu le rigorisme de certaines solennités. Cependant les difficultés s'aplanirent avec le temps. Une constitution de Théodose et de Valentinien décide expressément que le tuteur peut accepter une hérédité pour son pupille, en lui faisant supporter les effets juridiques de cette acceptation (L. 18, § 2, C., *De jure delib.*, liv. VI, tit. xxx). Sous Justinien, le tuteur peut représenter son pupille dans un procès; et ce qui est jugé pour ou contre le tuteur, est jugé pour ou contre le pupille (L. 1, § 2, D., *De adm. et peric. tut.*, liv. XXVI, tit. vii).

Cette première période d'incapacité complète dure jusqu'à l'âge de sept ans, suivant le sentiment général (1). Alors seulement, un enfant peut parler avec quelque intelligence de ce qu'il dit.

Il en serait, d'ailleurs, de même du pupille absent.

Après sept ans l'impubère a une demi-capacité. Il peut toujours agir avec l'autorisation de son tuteur, il peut parfois agir sans cette autorisation (Instit., *pr.*, liv. I, tit. xxi).

1° Il peut agir seul, sans autorisation du tuteur, quand il fait *sa condition meilleure;* or, il fait sa condition meilleure, toutes les fois qu'il acquiert un droit quelconque.

2° Il a besoin de l'autorisation du tuteur, quand il fait *sa condition pire*. Or, il fait sa condition pire, toutes les fois qu'il s'oblige ou qu'il aliène, quoi qu'il puisse recevoir en retour de cette obligation ou de cette aliénation (2).

(1) V. *infrà*, liv. III, tit. xix.
(2) Cet engagement de l'impubère sans l'*auctoritas* du tuteur vaut cepen-

Remarquons qu'un acte qui rend pire la condition du pupille peut cependant lui être avantageux. Exemple : le pupille aliène pour un prix élevé un champ improductif. Il y a une aliénation ; cela suffit pour rendre pire la condition du pupille.

Point de difficulté, lorsque le pupille sans l'*auctoritas tutoris* fait un de ces actes simples tels qu'une promesse, ou une remise gratuite de dette ; ces actes sont radicalement nuls.

Mais que décider, lorsqu'il s'agit d'un de ces actes complexes qui produisent des droits et des obligations réciproques ? L'acte sera valable en partie, et nul en partie ; il sera, d'après une expression des commentateurs, *boiteux*. Exemple : le pupille achète une maison. Il devient créancier de la maison. C'est quelque chose d'avantageux. Cette partie du contrat est valable, car elle fait sa condition meilleure, il pourra donc invoquer l'action *empti*. Mais en même temps il est devenu débiteur du prix. Là il s'appauvrit. Cette seconde partie du contrat est nulle, car elle rend sa condition pire : il ne saurait être soumis à l'action *venditi* (Instit., *pr.*, *eod.*).

Cette solution contraire à l'équité était tempérée par ce principe, que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Si donc le pupille retire un profit quelconque du contrat, il est obligé jusqu'à concurrence de ce profit (*Quatenus locupletior factus est*. L. 5, § 1, D., *De auct. et cons.*, liv. XXVI, tit. VIII).

Par exception, cependant, le pupille peut rendre sa condition pire, sans l'autorisation du tuteur : tel est le cas où il commet un délit. Pour cela, il faut qu'il soit *proximus pubertati*, c'est-à-dire qu'il soit arrivé à un âge voisin de la puberté (Instit., § 18, liv. IV, tit. I) (1).

dant comme *naturalis obligatio*. V., en ce sens, MM. de Savigny, *Le droit des obligations* (2e édit.), t. I, § 10, p. 69 (traduct. de MM. Gérardin et Jozon); Pellat, *Textes choisis des pand.*, p. 203 et suiv.; Machelard, *Obligat. natur.*, p. 200 et suiv.

(1) En ce qui concerne l'influence de l'âge sur la capacité d'agir ou sur l'exercice des droits, V. M. Goudsmit, *op. cit.*, § 27, p. 56.

TITRE XXII

De quelles manières finit la tutelle

La tutelle finit par des causes, soit relatives au pupille (*a parte pupilli*), soit relatives au tuteur (*a parte tutoris*).

Causes d'extinction relatives au pupille.

Il y en a cinq :

1° La puberté (1) (Instit., *pr.*, liv. I, tit. XXII).

2° Le changement de famille, lorsque, par exemple, le pupille se donne en adrogation : c'est la *minima capitis deminutio* (Instit., § I, *eod.*).

3° La perte du droit de cité, ou *media capitis deminutio*. C'est qu'en effet la tutelle est une institution du droit civil romain (§ 4).

4° L'esclavage encouru par un mode de droit civil, c'est la *maxima capitis deminutio* (2) (§ 1).

5° La mort du pupille (§ 3).

II. Causes d'extinction relatives au tuteur. — Il y en a six :

1° L'esclavage ;

2° La perte du droit de cité ;

En un mot, la grande et la moyenne diminution de tête entraînent la ruine de la tutelle *ex parte tutoris* (Instit., § 4, *eod.*). — *Quid* de la *petite* diminution de tête du tuteur ? Elle détruisait, dans le droit classique, la tutelle légitime des agnats, celle des patrons, et celle du *manumissor* d'un homme *in mancipio*, puisque le changement de famille brisait le lien d'agnation, fondement de ces tutelles. Il n'en est plus de même, dans la législation de Justinien (§ 4, *eod.*).

3° La mort (§ 3) ;

(1) Nous avons vu ci-dessus, p. 46, à quel moment on devient pubère sous Justinien.

(2) Voy. ci-dessus, p. 85.

4° L'arrivée du terme, ou l'accomplissement de la condition, quand il s'agit d'un tuteur testamentaire donné *usque ad certum tempus* ou *usque ad certam conditionem*. Le tuteur testamentaire fait alors place aux agnats ou tuteurs légitimes (Instit., §§ 2 et 5, *eod.*). — Mais le tuteur testamentaire a pu être nommé *ex certo tempore* ou *sub conditione* (1). Alors le magistrat nomme un tuteur dont les pouvoirs doivent expirer par l'arrivée du terme ou de la condition qui sert de point de départ à la tutelle testamentaire ;

5° Les excuses légitimes (§ 6);

6° La destitution prononcée par le magistrat (§ 6).

COMPTES DE TUTELLE

Lorsque la tutelle a cessé, le tuteur qui a géré ou dû gérer doit rendre un compte de sa gestion. S'il ne rend pas ce compte de bon gré, il y sera contraint par l'action *tutelæ directa* (Instit., § 7, liv. I, tit. xx). Le détournement de valeurs le rend passible de l'action *de rationibus distrahendis*. Cette action aboutit à une condamnation *au double* des sommes que le tuteur infidèle a essayé de détourner (L. 2, § 2, D., *De tut. et rat.*, liv. XXVII, tit. III).

Pour obtenir l'indemnité à laquelle il a droit à raison des pertes que lui a fait subir la tutelle, le tuteur a contre le pupille une action qui, par opposition à l'action du pupille contre le tuteur, se nomme *actio tutelæ contraria* (LL. 4, § 3, et 16, § 1, D., *eod.*).

TUTELLE DES FEMMES.

Nature et caractère de cette tutelle.

Pendant longtemps les femmes *sui juris*, même nubiles, sont restées en tutelle perpétuelle. Cette institution que les Romains eux-mêmes considéraient comme l'une des plus originales de leur droit (Gaïus, C. I, § 193), se justifiait par un motif purement politique. Les Romains

(1) Voy. ci-dessus, p. 81.

avaient craint qu'en laissant à la femme une capacité pleine et entière d'agir, elle n'en abusât pour diminuer le patrimoine de la famille par des générosités irréfléchies. C'est donc moins l'intérêt de la femme, que l'intérêt du tuteur que l'on a pris ici en considération (1).

Des diverses espèces de tutelle des femmes. — La tutelle des femmes pouvait être, aussi bien que la tutelle des pupilles, testamentaire, légitime ou déférée par le magistrat.

Un tuteur testamentaire pouvait être donné par le chef de famille à ses filles ou petites-filles; par le mari ou par le père du mari à la femme *in manu* (Gaïus, C. I, §§ 144, 148). Toutefois cette désignation de tuteur n'était valable que si, à la mort du testateur, la femme devait être *sui juris*.

Le mari qui mourait ayant sa femme *in manu*, pouvait, au lieu de lui nommer directement un tuteur, lui léguer la faculté de le choisir elle-même (*tutoris optio*). Ce tuteur s'appelait tuteur *optif* (*optivus*). — L'*optio tutoris* était, suivant la volonté du testateur, large (*plena*) ou restreinte (*angusta*). Quand l'*optio tutoris* était *plena*, la femme pouvait changer de tuteur aussi souvent qu'elle le voulait; elle pouvait, à chaque acte qu'elle passait, renouveler son option et se faire assister par un ami de son choix. Au contraire, l'*optio tutoris angusta* ne permettait à la femme d'user de cette faculté que pour un

(1) Cette opinion est aujourd'hui généralement adoptée. *Sic*, MM. Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. II, n° 254 (7e édit.); Accarias, *Précis de dr. rom.* (2e édit.), t. I, n° 163; Demangeat, *Cours élém.*, t. I, p. 337; Namur, *Cours d'Instit.* (2e édit.), t. I, § 102, p. 135; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. I, § 59, p. 272; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 438, p. 168; Sumner Maine, traduct. de M. Courcelle-Seneuil, p. 147 et suiv.; Gide, *Etud. sur la cond. priv. de la femme*, p. 114; Brocher, *Etude hist. et philos. sur la légitime et les réserves*, p. 40; Labbé, *à son cours*. — Cependant, même dans l'antiquité, d'autres motifs ont été donnés à cette tutelle perpétuelle. On en accusait la faiblesse des femmes, leur ignorance, leur inexpérience, leur légèreté : Cicéron, *Pro Murena*, 12; Ulpien, *Regl.*, tit. XI, § 1; Gaïus, C. I, § 144; Isidore de Séville, t. XI, § 8. Mais déjà Gaïus considérait ces motifs comme plus spécieux que solides (C. I, §§ 190-192).

nombre de fois déterminé (Gaïus, C. I, §§ 150-154) (1).

Venaient ensuite les tuteurs légitimes. C'étaient pour la femme ingénue ses héritiers présomptifs, c'est-à-dire ses agnats (2), et pour l'affranchie, son patron et les enfants de son patron. On considérait aussi comme tuteur légitime l'ascendant émancipateur (3), qui, a l'aide d'une *mancipation* et d'une *remancipation*, avait acquis sa fille *in mancipio* et l'avait affranchie (Gaïus, C. I, §§ 155, 157, 165, 172).

Cette tutelle légitime des femmes n'était point une charge, mais un droit, une propriété de famille. Ce principe entraînait les deux particularités suivantes : — 1° La tutelle légitime pouvait appartenir à un impubère, à celui qui était infirme, en état de démence ou de folie, sauf à la faire gérer provisoirement par autrui (Gaïus, C. I, §§ 179, 180); — 2° Elle pouvait faire l'objet d'une revendication (Gaïus, C. I, § 168), ou être transmise à un tiers par une *in jure cessio* (Ulpien, *Regl.*, tit. XI, §§ 7 et 8; Gaïus, C. I, § 169). Mais, dans ce cas, c'était l'exercice du droit qui se transmettait plutôt que le droit lui-même. En effet, d'une part, la mort du cessionnaire appelé *cessitius tutor*, ou sa *capitis deminutio* faisait revenir la tutelle légitime au cédant, et, d'autre part, la mort du cédant ou sa *capitis deminutio* entraînait dessaisissement de la tutelle pour le cessionnaire (Gaïus, C. I, §§ 168-170).

A la tutelle légitime se rattachait la tutelle fiduciaire. Elle appartenait au *manumissor extraneus* à qui la femme avait été mancipée, sous la condition d'un affranchissement postérieur. Les tuteurs fiduciaires pouvaient-ils céder leur tutelle ? La question était très-controversée. Gaïus (C. I, § 172) ne leur accorde pas ce droit, et avec raison,

(1) Voy., pour plus de détails, MM. Ortolan, *op. cit.*, n° 256; Gide, *op. cit.*, p. 155; Accarias, *op. cit.*, n° 164.

(2) Il paraît évident, d'après le texte récemment découvert de la *Laudatio funebris de Turia* (V. M. Giraud, *Vestigia juris romani*, p. 230 et suiv., et *Novum Enchiridion juris romani*, p. 670 et suiv.), que les seules femmes pubères soumises à la tutelle de leurs agnats étaient celles qui avaient succédé *ab intestat* à l'ascendant dont la mort les avait rendues *sui juris*.

(3) Voy. ci-dessus, p. 88.

ce nous semble, car il ne s'agit point ici d'une charge imposée aux tuteurs fiduciaires qui ne sont devenus tels que par l'effet de leur propre volonté (1).

De l'auctoritas tutoris. — Malgré la tutelle, la femme nubile pouvait gérer elle-même ses affaires (*negotia gerit*). L'unique fonction du tuteur consistait à donner son autorisation (*auctoritas*). Le défaut de gestion dégageait entièrement la responsabilité du tuteur qui n'était pas tenu de l'action *directa tutelæ* et n'était pas obligé de rendre des comptes (Gaïus, C. I, § 191).

L'intervention du tuteur n'était même pas toujours nécessaire; elle n'était exigée que dans un certain nombre d'actes dont l'énumération nous est donnée par Ulpien (*Regl.*, tit. XI, § 27) : ainsi, la femme avait besoin de l'*auctoritas tutoris*, notamment : — pour agir en justice dans les procès régis par le droit civil (*si lege aut legitimo judicio agat*); — pour contracter une obligation (*si se obliget*); — pour accomplir un acte de droit civil (*si civile negotium gerat*), par exemple, pour tester, pour faire coemption avec un tiers; — pour permettre à son affranchie de vivre en *contubernium* avec l'esclave d'autrui; — pour aliéner une chose *mancipi* (2).

Par contre, la femme, à la différence du pupille, pouvait seule, et sans l'intervention du tuteur, agir en justice dans les instances qui n'étaient pas régies par le droit civil (*judicium non legitimum*), toucher un paiement valable, aliéner ses *res nec mancipi*, ainsi que la possession de ses biens (Ulpien, *loc. cit.*; *Fragments du Vatican*, § 1).

Affaiblissement et disparition totale de la tutelle des femmes. — Par l'intervention du préteur qui forçait tout tuteur autre que le tuteur légitime à donner son *auctoritas*, cette *auctoritas* finit par ne plus être qu'une pure condition de forme (Gaïus, C. II, § 121). — Sous Auguste, les

(1) *Sic*, M. Labbé, *à son cours*.
(2) Voy. pour plus de détails, sur tous ces points, M. Gide, *op. cit.*, p. 118 et suiv.

lois caducaires libèrent même de la tutelle légitime, l'ingénue mère de trois enfants, et de toute tutelle autre que celle du patron ou de ses enfants, l'affranchie mère de quatre enfants (Gaïus, C. I, §§ 145, 194). — Sous Claude, un sénatus-consulte supprime la tutelle des agnats (Gaïus, C. I, § 171). — Enfin, un édit de Théodose (L. 1, C., liv. VIII, tit. LXI), en octroyant à toutes les femmes les priviléges de la maternité, les délivre toutes de la tutelle.

TITRE XXIII

De la curatelle

Définition. — La curatelle est une charge publique organisée dans le but de protéger ceux qui sont complétement incapables ou qui n'ont qu'une expérience insuffisante.

Ressemblances entre la curatelle et la tutelle. — Les ressemblances sont nombreuses, ainsi :

1° La curatelle, aussi bien que la tutelle, protége des personnes incapables de fait et capables de droit;

2° La curatelle, comme la tutelle, ne s'applique qu'à ceux qui sont citoyens romains et *sui juris;*

3° Il y a pour certains fous et pour certains prodigues une curatelle *légitime* confiée aux agnats et aux *gentiles;*

4° En principe, le magistrat nomme le curateur; et les règles relatives à la nomination du tuteur sont ici applicables (Instit., § 1, liv. I, tit. III);

5° Une fois investi de la curatelle, le curateur est tenu des mêmes charges que le tuteur. Il doit faire inventaire, fournir caution, et rendre ses comptes à la fin de la curatelle;

6° Les limites tracées aux pouvoirs des curateurs s'étendent également à ceux du tuteur;

7° Certains modes d'extinction de la curatelle sont communs à la tutelle;

8° Les mêmes causes d'incapacité, d'exclusion et d'excuse, à deux exceptions près, peuvent être invoquées par le curateur et par le tuteur.

Dans le dernier état du droit romain, l'assimilation est presque complète. *In paucissimis distant,* disent les textes.

Différences entre la curatelle et la tutelle. — Par suite de l'analogie entre ces deux institutions les différences sont fort délicates.

1° Le curateur est donné à la chose (*curator datur rei vel causæ*); il fortifie de son *consensus* l'incapable qui agit lui-même; il n'exerce qu'une sorte de contrôle. Le tuteur est donné à la personne; il fortifie de son *auctoritas* l'acte fait par le pupille, mais dont l'initiative lui appartient.

Le *consensus* et l'*auctoritas* diffèrent bien plus par la forme que par le fond; car le tuteur n'a pas plus que le curateur le soin de la personne du pupille. Dans la forme le *consensus* diffère de l'*auctoritas* à deux points de vue :

L'*auctoritas* était anciennement un acte solennel, exigeant la prononciation de paroles consacrées. Sous Justinien elle nécessite la présence du tuteur à l'acte même. Le *consensus*, au contraire, n'a jamais été astreint à une formule quelconque; il a toujours pu se transmettre par lettre ou par intermédiaire.

L'*auctoritas* ne vaut qu'autant qu'elle est donnée au moment même de l'acte. Le *consensus* est valable même lorsqu'il intervient après l'accomplissement de l'acte (D., *De auct. et consens. tut. et cur.*, liv. XXVI, tit. VIII).

La *tutelle* est générale et stable. Ainsi un tuteur ne peut être donné pour un bien ou pour une affaire spéciale. La *curatelle* peut être spéciale et intermittente. Elle est souvent de courte durée.

La *tutelle* correspond à une incapacité régulière et normale, tandis que la *curatelle* répond, le plus souvent, à une incapacité accidentelle.

Il n'y a point de curatelle testamentaire. A vrai dire, la nomination d'un curateur, faite dans un testament, n'est pas absolument nulle; mais elle a besoin d'être consacrée par le magistrat (Instit., § 1, liv. I, tit. XXIII).

L'incapable n'a pas contre son curateur une action spéciale : il agit par l'action *utilis negotiorum gestorum directa*, par opposition à l'action *utilis negotiorum gestorum contraria* accordée au curateur contre l'incapable.

Certaines causes d'incapacité et d'excuse sont particulières à la curatelle (1).

Variétés de la curatelle. — On divise les curateurs en deux classes :

Les uns sont *légitimes* (*legitimi*), parce qu'ils tiennent leur pouvoir de la loi des Douze Tables;

Les autres sont *honoraires* (*honorarii*), c'est-à-dire nommés par les magistrats qui donnent la tutelle dative (Ulpien, *Regl.*, tit. XII, § 1).

Quelles personnes sont en curatelle?

Les individus en démence (*furiosi*) et les *prodigues* (*prodigi*), même âgés de plus de vingt-cinq ans, sont placés par la loi des Douze Tables, sous la curatelle de leurs agnats (Instit., § 3, liv. I, tit. XXIII). — Quand il n'y a pas d'agnat, ou quand le plus proche agnat est inhabile à gérer les affaires du fou ou du prodigue, il y a lieu à la curatelle déférée par le magistrat. Des curateurs sont encore nommés à tous les incapables dont ne s'occupe pas la loi des Douze Tables, aux *insensés* (*mente captis*), aux *sourds* (*surdis*), aux *muets* (*mutis*), à tous ceux qui, travaillés par une maladie perpétuelle, ne peuvent présider à leurs affaires (Instit., § 4, *eod.*).

Les Institutes (§ 5) nous disent que l'on donne quelquefois aux *pupilles* eux-mêmes des curateurs. C'est ce qui se présente lorsque le tuteur testamentaire, légitime, ou datif, n'est pas *idoneus ad administrationem*. Comme il

(1) Voy. ci-dessous, tit. XXV, p. 110.

n'apporte aucune fraude dans sa gestion, on lui évitera l'ignominie d'une destitution, mais on lui adjoindra un curateur pour administrer.

Il y a encore lieu à nommer un curateur lorsque le tuteur se fait excuser pour un temps (Instit., *ibid.*).

CURATEURS DES MINEURS DE VINGT-CINQ ANS

Dans le système de la loi des Douze Tables, l'enfant qui venait d'atteindre la puberté légale, acquérait une capacité pleine et entière d'agir. Cependant il pouvait y avoir un certain danger à abandonner sitôt à l'enfant encore trop jeune pour défendre sagement ses intérêts, l'absolu gouvernement de ses affaires et la direction de sa conduite (Instit., *pr.*, liv. I, tit. XXIII). Aussi voit-on s'organiser et se développer avec le temps un système de protection en faveur des personnes pubères qui n'ont pas encore atteint l'âge de vingt-cinq ans.

La première protection accordée aux pubères dérive de la loi *Plætoria*. Cette loi, qui paraît remonter au sixième siècle, fixe l'âge de vingt-cinq ans comme celui de la capacité entière (*ætas legitima*). Et, comme sanction de ses prescriptions, elle autorise une accusation contre les tiers qui auraient traité avec les mineurs de vingt-cinq ans, et qui auraient abusé de leur inexpérience pour leur faire consentir un acte dommageable. Cette accusation, lorsqu'elle aboutit à une condamnation, entraîne l'infamie (Cicéron, *De nat. deor.*, III, 30).

Pour éviter les effets de cette condamnation et de l'annulation du contrat, la loi *Plætoria* permit aux mineurs de se faire donner un curateur *ad hoc*, toutes les fois qu'ils justifiaient de causes graves pour être assistés dans la conclusion d'un acte juridique (*redditis causis*).

Cette protection était insuffisante (1).

Les préteurs l'ont fortifiée en accordant aux mineurs de vingt-cinq ans la restitution entière (*restitutio in integrum*). Ils en subordonnaient l'exercice à trois conditions. Il fallait :

1° Que le mineur eût moins de vingt-cinq ans.

Alors en effet le tiers était censé avoir abusé de l'infirmité d'âge (*infirmitate ætatis*) ;

2° Que l'acte fût valable d'après le droit civil (*jure civili*) ;

3° Qu'il fût préjudiciable au mineur.

Par cette restitution entière le mineur se trouvait rétabli dans la position où il était avant l'acte dommageable.

La conséquence de cette protection excessive fut de faire le vide autour des mineurs de vingt-cinq ans. Personne, en effet, ne se souciait de traiter avec eux, s'ils n'étaient assistés d'un curateur.

Aussi l'empereur Marc-Aurèle fut-il conduit à généraliser l'institution de la curatelle, en permettant aux mineurs de demander un curateur sans alléguer de cause déterminée (*non redditis causis*), et pour toutes leurs affaires en général.

Ainsi, quoique la capacité de droit restât toujours fixée au même âge (quatorze ans pour les hommes et douze ans pour les femmes), et qu'on n'imposât pas forcément un curateur aux mineurs de vingt-cinq ans, cependant la curatelle générale présentait tant d'avantages que tous les mineurs de vingt-cinq ans s'y soumirent, et qu'elle finit même par devenir obligatoire pour les adultes dans les trois hypothèses suivantes :—1° D'un procès à soutenir

(1) En effet, la loi *Plætoria* ne protégeait pas le mineur de vingt-cinq ans qui ne pouvait prouver l'*intention frauduleuse* du tiers, ou qui se trouvait lésé par l'acte, alors qu'il n'y avait pas eu fraude de la part du tiers. Enfin, la loi *Plætoria* ne prononçait pas la nullité absolue de l'acte frauduleux ; cette nullité ne pouvait être opposée, suivant toutes les probabilités, que par voie d'exception (L. 7, § 1, D., *De except.*, liv. XLIV, tit. 1).

TITRE XXV

Des excuses des tuteurs et des curateurs.

Définition. — Les excuses sont les causes de dispense ou d'exemption que l'on fait valoir pour échapper aux charges de la tutelle ou de la curatelle.

Classifications diverses des causes d'excuse.

Les excuses peuvent se ramener à quelques idées générales (1) :

1° Les unes se présentent comme une pure faveur pour le tuteur; les autres comme des mesures de protection introduites dans l'intérêt du mineur;

2° Il y a des excuses *perpétuelles* et des excuses *temporaires*, suivant que la dispense doit subsister toujours, ou ne durer que pendant un certain temps;

3° Il y a des excuses *fixes*, en ce sens qu'elles s'imposent au magistrat et ne peuvent être écartées par lui, dès que leur existence est prouvée; et des excuses *variables*, en ce sens qu'elles sont laissées au pouvoir discrétionnaire du magistrat, qui peut les admettre ou les rejeter suivant les circonstances;

4° Les excuses sont encore *a suscipienda tantum tutela*, ou bien *etiam a suscepta tutela vel cura :* les premières ne peuvent être invoquées que par le tuteur qui n'a pas encore fait acte de gestion; les secondes profitent au tuteur en exercice.

Énumération des principaux cas d'excuse.

1° Le nombre d'enfants : trois à Rome, quatre en Italie, et cinq dans les provinces. Cette distinction ne se

(1) Nous empruntons les principaux éléments de cette classification aux ouvrages de MM. Demangeat, t. II, p. 404 ; Accarias (2e édit.). t. I, n° 139. — Cette classification est d'ailleurs généralement enseignée à la Faculté de Paris.

conçoit plus dans le droit de Justinien, puisque les droits de cité ont été étendus à tout l'empire. — Ces enfants doivent être tous vivants, mais il importe peu qu'ils soient en puissance ou émancipés.

Par exception les enfants morts comptent à leur père lorsqu'ils sont tombés sur le champ de bataille (*in acie*). Les enfants adoptifs ne comptent point à l'adoptant, mais à leur père naturel. Les petits-enfants issus d'un fils comptent lorsqu'ils prennent la place de leur père prédécédé (Instit., *pr.*, liv. I, tit. XXV) (1).

Il est bon de remarquer que cette première cause d'excuse ne pourrait être invoquée par le tuteur ou curateur, qu'autant qu'il n'aurait pas encore géré (L. 3, § 8, D., *De excusat.*, liv. XXVII, tit. I).

2° La gérance de trois tutelles ou curatelles, *quamdiu administrantur;* et par trois tutelles, il faut entendre trois patrimoines différents (*Fragm. du Vatican*, § 186; Instit., § 5, *eod.*). — Ne doivent pas entrer en compte les tutelles qui ont été recherchées, c'est-à-dire celles qui, pouvant être refusées, ont été volontairement acceptées (Instit., § 5, liv. III, tit. XXV).

3° L'absence pour le service de la République (*Reipublicæ causa*). Cette excuse peut être invoquée tant que dure l'absence, et même pendant l'année qui suit (*anni vacationem*); elle peut l'être aussi bien par le tuteur en exercice, que par le tuteur qui n'a pas encore géré (§ 2, *eod.*).

4° L'administration des biens du fisc, mais seulement pendant le temps de la durée de l'emploi (Instit., § 1, *eod.*).

5° L'exercice de quelque magistrature (*potestatem aliquam*), mais seulement pour une tutelle non commencée (Instit., § 3, *eod.*).

6° L'exercice, à Rome ou dans sa patrie, de profes-

(1) On attribue généralement l'introduction de cette cause d'excuse aux lois *Julia* et *Pappia Poppæa*, rendues sous Auguste. *Sic*, MM. Ortolan, t. III, n° 280; Demangeat, t. II, p. 405. — M. Labbé, *à son cours*, sans préciser l'époque de cette introduction, lui assigne cependant une date postérieure.

siens libérales. Exemple : les grammairiens, les rhéteurs, les médecins *a tutela vel cura habent vacationem* (Instit., § 15, *eod.*).

7° Le procès que le tuteur ou le curateur soutient contre le pupille ou l'adulte, pourvu toutefois que la contestation s'étende à tous les biens (*de omnibus bonis*), ou à une hérédité (*vel hereditate*), (Instit., § 4, *eod.*). — Justinien, plus tard (Nov., LXXII, c. I), a poussé plus loin ce principe, et a décidé que le simple titre de créancier ou de débiteur serait désormais un motif d'exclusion à la tutelle ou à la curatelle.

8° La contestation de l'état de tuteur intentée par le père de famille (Instit., § 12).

9° L'inimitié, les haines capitales entre le père du pupille ou du mineur et celui qui est appelé à la tutelle ou à la curatelle (Instit., §§ 9-11).

10° La pauvreté (Instit., § 6, *eod.*).

11° La maladie (§ 7).

12° L'âge de soixante-dix ans. — Quant à la minorité de vingt-cinq ans, elle n'est plus sous Justinien une cause d'incapacité (§ 13).

Excuses particulières à la curatelle. — Les Institutes nous disent que celui qui a été tuteur ne peut pas être forcé de se charger de la curatelle de la même personne (Instit., § 18, *eod.*).

De même le mari, donné pour curateur à sa femme, peut s'excuser, bien qu'il se soit immiscé (§ 19).

Dans quelle forme doivent être proposées les excuses?

Dans toutes les tutelles ou curatelles, l'excuse doit être proposée au magistrat qui forme le premier degré de juridiction, à celui-là même qui a fait la nomination ou qui aurait eu qualité pour la faire (L. 1, § 1, D., *Quand. appell.*, liv. XLIX, tit. IV). Si ce magistrat rejette l'excuse, alors seulement on pourra appeler de sa décision.

Celui qui veut s'excuser, et qui croit avoir plusieurs excuses distinctes, peut, lorsque quelques-unes ont été

rejetées, faire valoir les autres successivement (Instit., § 16, *eod.*).

Dans quel délai?

Dans un délai de cinquante jours continus, si l'on demeure à moins de cent milles du lieu où l'on a été nommé. — Si l'on demeure à plus de cent milles, on a un délai de trente jours fixes, plus un jour par vingt milles; de telle sorte cependant que l'on ait toujours au moins cinquante jours (Instit., § 16, *eod.*).

Le point de départ du délai compte du jour où la personne a connu sa vocation à la tutelle ou à la curatelle (Instit., *ibid.*).

TITRE XXVI

Des tuteurs ou curateurs suspects

Définition. — L'infidélité et l'immoralité du tuteur ou du curateur le rendent suspect, c'est-à-dire autorisent une accusation (*crimen suspecti*), dont le but est de le faire écarter de la tutelle ou de la curatelle, en le frappant d'infamie.

L'origine de cette accusation remonte à la loi des Douze Tables (Instit., *pr.*, livr. I, tit. XXVI).

Devant qui cette accusation doit être portée? — Le droit d'écarter les tuteurs ou curateurs suspects appartient: — à Rome, aux préteurs; — dans les provinces, aux présidents et au lieutenant du proconsul (Instit., § 1, *eod.*).

Il est bon de remarquer que cette accusation diffère des actions civiles, et se rapproche des accusations criminelles, en ce sens qu'elle ne donne pas lieu à la rédaction d'une formule et au renvoi devant un juge. C'est le magistrat lui-même qui connaît de l'affaire et rend le jugement.

Quels tuteurs ou curateurs peuvent être accusés? — Tous les tuteurs et curateurs, de quelque façon qu'ils aient été nommés, sans exception même pour les tuteurs légitimes, ni pour les patrons (Instit., § 2, *eod.*).

Qui peut porter cette accusation? — Cette accusation, comme toute poursuite criminelle, est ouverte à tout le monde (*quasi publicam esse, hoc est omnibus patere*. Instit., § 3, *eod.*). Et même, pour la plus grande protection de l'incapable, il est permis aux femmes de porter cette accusation, alors qu'elles y sont poussées par un sentiment légitime d'affection (Instit., *ibid.*).

Cependant, l'impubère, admis ordinairement à poursuivre la punition des crimes commis contre sa personne, ne peut intenter contre son tuteur le *crimen suspecti*. —

Quant à l'adulte, il le peut, parce qu'il a une certaine intelligence, une raison assez formée, seulement il lui faut l'avis de ses proches (Instit., § 4, *eod.*).

Quelles sont les conséquences du crimen suspecti? — Par le seul effet de l'accusation et avant même la décision, tout acte d'administration est absolument interdit au tuteur ou curateur (Instit., § 7, *eod.*). — En cas de condamnation, l'infamie peut être encourue. Mais l'infamie ne frappe que le tuteur ou curateur coupable de dol, et non celui qui n'est écarté que pour cause d'incapacité (Instit., § 6, *eod.*). — Au surplus, quelle que soit la cause de destitution, l'infamie ne saurait atteindre ni un ascendant, ni un patron (Instit., § 2, *eod.*).

LIVRE DEUXIÈME

TITRE I

De la division des choses

Après avoir étudié les *personnes*, nous passons à l'étude des *choses*. Dans ce titre, Justinien s'occupe des principales divisions des choses, et ensuite des moyens d'acquérir des objets particuliers.

Définition du mot chose. — Par *chose* (*res*), on entend, en droit romain, tout ce qui a une utilité pour l'homme, et qui peut par conséquent être l'objet d'un droit.

Division des choses. — Les principales divisions des choses sont les suivantes :

I. Choses *in patrimonio nostro* et choses *extra patrimonium nostrum*. Telle est, suivant les Institutes de Justinien (*pr.*, liv. II, tit. I), la principale division des choses. Le patrimoine est l'ensemble des biens qui appartiennent à une personne, sur lesquels elle a un droit exclusif (*bona, pecunia*). Il offre une unité indivisible comme la personne elle-même, dont il manifeste la puissance sur le monde extérieur. La distinction de Justinien se réduit à dire ceci : qu'il est des choses sur lesquelles on peut acquérir un droit privatif (*res privatæ, res singulorum*), et qu'il en est d'autres qui échappent à notre puissance, qui ne peuvent pas appartenir en propre à une personne (*res publi-*

cæ, res nullius). On ne saurait attacher aucune importance au mot *nostro*. Les hommes et les choses sont considérés ici en général.

II. Choses *in commercio* et choses *extra commercium*. On les distingue ainsi suivant qu'elles sont susceptibles d'une appropriation individuelle, par exemple, un champ de blé ; ou qu'elles ne sauraient faire l'objet d'un marché, d'une entreprise commerciale quelconque, comme les routes, les édifices publics.

III. Choses *divini juris* et choses *humani juris*. Cette division nous est présentée par Gaïus (C. II, § 2), comme la plus importante (*summa divisio*).

Les choses *divini juris* se subdivisent en choses : — *sacræ*, — *religiosæ*, — *sanctæ* (Instit., §§ 8-11).

1° Les choses *sacrées* (*res sacræ*) sont les choses consacrées aux dieux supérieurs et à leur culte. Elles deviennent telles par une loi suivie d'une cérémonie religieuse (Cicéron, *Pro domo*, § 127) (1), et, sitôt que ce caractère leur est attaché, elles ne peuvent revenir à leur situation première que par l'accomplissement des mêmes formalités. Elles sont imprescriptibles (Cicéron, *De arusp. resp.*, § 32), inaliénables et ne peuvent être affectées à la sûreté d'une dette (Gaïus, C. III, § 97), sauf certaines exceptions commandées par la nécessité la plus impérieuse (L. 21, C., liv, I, tit. II); le magistrat les protége contre tout envahissement au moyen de ce que l'on appelle un *interdit* (2).

2° Les choses *religieuses* (*res religiosæ*), suivant les principes du polythéisme, sont les choses abandonnées aux dieux inférieurs. Sous l'empire du christianisme, ce sont celles qui gardent les restes d'un mort, comme le tombeau, la terre sur laquelle il repose, l'urne, etc. La volonté privée peut rendre une chose religieuse. Je puis rendre une terre chose religieuse en y ensevelissant les

(1) Voy., sur le caractère de cette cérémonie religieuse, M. Cauvet, *Le droit pontifical chez les anc. Romains*, p. 54 et 55.
(2) Voy., relativement aux interdits, *infrà*, liv. IV, tit. XV.

restes de mon père, à une condition toutefois, c'est que je sois capable d'aliéner cette terre. En effet, rendre une chose religieuse équivaut à une aliénation (Instit., § 9, *eod.*).—Si quelqu'un dégradait le tombeau, il pouvait être poursuivi par une action d'une nature particulière (*actio sepulcri violati*), ouverte à tous les citoyens, à raison de l'intérêt général attaché au respect des tombeaux, et nommée pour cela populaire (C., *De sepulc. viol.*, liv. IX, tit. XIX). — Un lieu devenu religieux peut cesser de l'être par l'enlèvement du corps, avec une permission de l'autorité publique (1).

3° Les choses *saintes* (*res sanctæ*), dit Gaïus (C. II, § 8), sont *quodammodo divini juris*, c'est-à-dire qu'elles sont assimilées aux choses sacrées et religieuses. Tels sont les murs, les portes d'une ville, la détermination des limites de la cité (Instit., § 10, *eod.*), les lois (L. 9, § 3, D., liv. I, tit. VIII), et chez les personnes, les représentants du peuple romain et les ambassadeurs du peuple ennemi (L. 17, D., liv. L, tit. VII).

Une observation commune aux trois espèces de choses *divini juris* est que les règles qui les protégent sont considérées comme appartenant au *jus civile*. Il en résulte que ces choses perdent leur caractère propre, lorsqu'elles tombent au pouvoir de l'ennemi, sauf, toutefois, à le recouvrer plus tard, lorsqu'elles seront reconquises (L. 36, D., liv. XI, tit. VII).

Les choses *humani juris* sont les unes susceptibles d'une appropriation individuelle; les autres destinées à une utilité commune et ne peuvent appartenir à une personne déterminée.

Les choses *humani juris* qui entrent dans la composition du patrimoine (*in patrimonio nostro*) sont souvent appelées *res singulorum*.

Les choses *humani juris* qui sont *extra patrimonium*

(1) Voy., sur tous ces points, MM. Cauvet, *op. cit.*, p. 68 et suiv.; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, p. 68 et suiv.

nostrum se divisent en choses — *communes*, — *publiques*, — *universitatis*.

1° Les choses *communes* (*res communes*) sont considérées comme appartenant à tous les hommes et ne sont susceptibles d'aucune appropriation individuelle. Tels sont l'air, la mer et ses rivages, l'eau courante, etc. (Instit., § 1, liv. II, tit. I).

2° Les choses *publiques* (*res publicæ*) appartiennent à tous les membres d'une même cité. Tels sont les fleuves, les routes, les ports, etc. Les étrangers peuvent au besoin user de ces choses par tolérance. Pour les citoyens, au contraire, cet usage est un droit. — Dans les fleuves, il faut distinguer l'*aqua profluens*, l'eau qui coule, que l'on ne peut saisir, arrêter, et qui est chose commune, du cours d'eau considéré comme chemin de navigation. Le fleuve ainsi pris dans son cours constant est chose publique.— Les propriétaires des fonds riverains sont propriétaires de la rive; ils sont soumis à un droit de servitude pour les besoins de la navigation. Ainsi les arbres, les fruits appartiennent aux riverains. Mais les bateliers peuvent attacher leurs bateaux aux arbres de la rive (Instit., §§ 2-5). Les choses publiques sont protégées par des interdits populaires qui peuvent être exercés par le premier citoyen venu.

Il ne faut pas confondre avec les choses publiques proprement dites, celles qui, n'étant point destinées à un usage public, sont dans le patrimoine de l'Etat, comme dans le patrimoine d'un simple particulier. Ces choses ne sont point, comme celles qui sont *in usu publico*, par leur destination exclues du commerce; aussi sont-elles, de même que celles des particuliers, *aliénables* et *prescriptibles* (L. 6, *pr.*, D., liv. XVIII, tit. I; L. 14, *pr.*, D., *De adquir. rer. dom.*, liv. XLI, tit. I).

3° Les choses *universitatis* appartiennent à une agrégation de personnes, agrégation que la loi considère comme ayant elle-même une certaine personnalité. Ainsi les villes,

les colléges de prêtres, les corporations des scribes, les associations d'artisans, etc., constituent des *universitates* (D., *Quod cujuscumque univers. nom.*, liv. III, tit. IV).— Les Institutes (§ 6) nous citent, comme exemples de *res universitatis*, les stades ou lieux destinés aux exercices de la course, et les théâtres (1).

Il ne faut point confondre les *res universitatis* avec les *res in patrimonio universitatis* qui, n'étant pas au service ou à la disposition de chaque membre de la corporation, sont exploitées par elle comme par un simple particulier (L. 7, § 1, D., *Quod cuj. universit. nom.*, liv. III, tit. IV).

IV. Choses *nullius*. Dans cette catégorie de choses se trouvent comprises les choses qui n'appartiennent et ne peuvent appartenir à personne, comme les *res divini juris*, les *res communes* et les *res publicæ*.—On désigne encore par *res nullius*, les choses qui pour le moment n'appartiennent à personne, soit qu'elles n'aient jamais eu de maître, soit que l'ancien maître les ait abandonnées (*res derelictæ*). Ces *res nullius* sont susceptibles d'une appropriation individuelle (L. 1, *pr.*, D., *De div. rer.*, liv. II, tit. I).

V. Choses *mancipi* et choses *nec mancipi*. Les choses *mancipi* étaient celles qui étaient possédées par les Romains des premiers temps, et qui étaient employées pour les besoins de l'agriculture. Elles étaient regardées, nous dit Gaïus (C. I, § 192), comme étant les plus précieuses (*pretiosioribus rebus*). Elles comprenaient: 1° les immeubles bâtis ou non bâtis situés en Italie; 2° les servitudes attachées aux héritages ruraux, comme les droits de passage, d'aqueduc, etc.; 3° les esclaves, les animaux qui sont domptés au service de l'homme, les bêtes de trait ou de somme (Gaïus, C. II, §§ 15-17; Ulpien, *Regl.*, tit. XIX, § 1).

Les choses *nec mancipi* étaient toutes celles qui n'étaient pas comprises dans l'énumération des choses *mancipi*.

(1) Sur les diverses espèces, l'organisation, la formation et l'extinction des *universitates*, ainsi que sur l'étendue de leur capacité juridique, V. M. Goudsmit, *op. cit.*, §§ 33 et suiv., p. 70 et suiv.

Ainsi les animaux sauvages, les fonds provinciaux, toutes les servitudes autres que les servitudes rurales en Italie (1).

Cette distinction offrait un intérêt pratique au point de vue du mode d'acquisition. La mancipation, en effet, ne transférait que la propriété des choses *mancipi*.

VI. Choses *corporelles* et choses *incorporelles*. Cette distinction fait l'objet d'un titre spécial aux Institutes (liv. II, tit. II); nous y renvoyons pour les développements (V. *infrà*, p. 130).

Modes d'acquérir la propriété.

Les modes d'acquisition de la propriété se groupent en quatre classes principales, savoir :

1° Les modes *originaires* et les modes *dérivés*. Les premiers ne supposent pas une transmission. C'est une propriété nouvelle qui se trouve constituée. Les seconds, au contraire, servent à faire passer la propriété d'une personne à une autre. Cette distinction ne manque pas d'importance pratique. En effet, quand l'acquisition est originaire, le droit de propriété existe dans toute sa plénitude. L'acquéreur n'a pas de prédécesseur, pas d'*auteur* (*auctor*). Au contraire, dans le cas d'acquisition par un mode dérivé, l'acquéreur prend le droit tel que son auteur le tenait, avec toutes les restrictions qui limitaient ce droit. D'où cette maxime : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet.*

2° Les modes *à titre particulier* et les modes *à titre universel*. Les uns ont pour objet un ou plusieurs biens considérés individuellement; les autres transmettent, soit l'ensemble des biens d'un individu, soit au moins une fraction de cet ensemble.

(1) MM. Pellat, *Propr. et usufr.*, p. 15; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 212 et suiv.; Ortolan, t. II, p. 236, note 3; Demangeat, t. I, p. 425 et 426; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, n° 196, p. 435 et suiv. (2e édit.); Machelard, *Rev. crit. de législ.*, t. XXIX, p. 253; Gide, *Et. sur la condit. priv. de la femme*, p. 448; Mayne, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 177, p. 565 et 566, texte et notes 42-48 (3e édit.); Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. I, § 75, p. 294.

3° Les modes d'acquisition *inter vivos* et les modes d'acquisition *mortis causa*.

4° Les modes du *droit naturel* ou du *droit des gens* et les modes du *droit civil*. Cette distinction, formulée par Gaïus (C. II, §§ 65 et 66), est reproduite dans les Institutes (§ 11, liv. II, tit. I), bien qu'elle ait perdu sous Justinien toute son importance. Nous la prendrons pour base de notre exposé.

A. Modes d'acquérir du droit des gens.

Ces modes sont au nombre de trois : l'occupation, l'accession, la tradition.

I. De l'occupation.

Définition. — L'occupation est le fait de la part d'une personne de prendre possession d'une chose *nullius* ; et, par chose *nullius*, il faut entendre ici une chose qui, tout en étant dans le commerce, n'appartient pour le moment à aucun maître. Lorsque cette prise de possession se réalise, il en résulte une acquisition au profit de l'occupant ; cette acquisition est la *propriété* (L. 3, *pr.*, D., *De acquir. rer. dom.*, liv. XLI, tit. I).

Conditions de l'occupation. — Il faut :

1° Que la chose, susceptible de tomber dans le patrimoine de l'homme, n'appartienne à personne (*res nullius*).

Les Institutes (§§ 12-19, 47 et 48) nous donnent de nombreux exemples de choses auxquelles l'occupation peut s'appliquer. Tels sont les animaux sauvages, les bêtes féroces, les oiseaux, les poissons, les îles nées dans la mer, les pierres précieuses, les perles et autres objets qui se trouvent au fond ou sur les bords de la mer, les ennemis et les choses prises sur les ennemis, les objets que le propriétaire a abandonnés parce qu'il n'en voulait plus.

2° Qu'il y ait eu prise de possession. La possession doit comprendre deux éléments, un élément matériel (*corpore*), un élément intentionnel (*animo*). Il ne suffit pas que

l'occupant détienne matériellement la chose ; s'il n'a pas l'intention de la faire sienne, d'en acquérir la propriété, l'occupation ne l'en rendra pas propriétaire. Ainsi les fous, les *infantes*, c'est-à-dire les personnes en bas âge, ne peuvent avoir suffisamment l'*animus*, la volonté de posséder ; par conséquent, il leur est impossible d'acquérir la possession de la chose qu'ils détiennent. S'ils s'emparent d'une *res nullius*, ils n'en deviennent pas propriétaires.

II. De l'accession.

Définition. — Les commentateurs modernes appellent *accession* ou *droit d'accession* (*accessio, jus accessionis*) le principe en vertu duquel le propriétaire d'une chose principale acquiert naturellement, par la force même du fait, tout ce qui vient de sa chose, ou tout ce qui s'y unit, et s'y incorpore de manière à ne former avec elle qu'un seul et même tout (*accessio cedit principali*).

Caractère de ce droit. — On s'est demandé si l'accession est, en droit et à proprement parler, un mode particulier d'acquisition, ou si ce n'est en réalité qu'un effet, une extension du droit de propriété (1). Cette controverse d'ailleurs n'offre aucun intérêt pratique.

Des diverses espèces d'accession. — Le droit d'accession peut être étudié à trois points de vue différents : — 1° relativement à ce qui est produit par la chose ; — 2° relativement aux choses immobilières ; — 3° relativement aux choses mobilières.

(1) Les anciens interprètes, notamment Heineccius (*Elém. jur.*, 562) et Pothier, considéraient l'accession comme un mode distinct d'acquérir. Cette opinion a prévalu dans notre Code civil (art. 546 et suiv.); elle est encore aujourd'hui admise par des jurisconsultes estimés, Belges et Allemands (Voy. notamment M. Mayrz, *Cours de dr. rom.*, t. I, §§ 186 et suiv.), et, dans notre Faculté de Paris, par M. Ortolan, t. II, n° 364 et suiv. — Cependant, la doctrine qui tend à prévaloir en France et dans l'enseignement de nos Facultés, est que l'accession ne constitue pas un mode légal d'acquérir, et qu'elle n'est que l'exercice ou l'extension du droit de propriété. *Sic*, MM. Ducaurroy, t. I, n° 353 et suiv.; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 266 et suiv.; Thézard, *Répét. écr. sur le dr. rom.*, p. 82 ; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, n° 254, p. 566 ; Namur, *Cours d'Instit.* (3e édit.), t. I, § 136, p. 185 ; Labbé et Machelard, *à leurs cours*.

1° **Droit d'accession sur ce qui est produit par la chose.** — La propriété d'un objet quelconque embrasse tous ses produits. Ainsi les fruits de la terre, le croît des animaux, les enfants nés d'une esclave appartiennent de plein droit au propriétaire de la chose qui les a produits (Instit., §§ 19, 35-38, liv. II, tit. I). — Il est bon d'observer que ces fruits ne deviennent l'objet d'une propriété distincte et ne donnent lieu à l'acquisition dont il s'agit que lorsqu'ils sont séparés de l'objet producteur.

Par exception, cependant, les fruits d'une chose peuvent appartenir à une autre personne qu'au propriétaire de la chose productrice. Tels sont les cas : — où la chose productrice est possédée par un tiers qui se croit de bonne foi propriétaire (Instit., § 35, *eod.*) ; — où elle est soumise à un droit d'usufruit ou donnée à ferme. — Toutefois les enfants qui naissent d'une esclave appartiennent toujours au maître de l'esclave (*domino matris*). Il n'importe qu'un tiers ait la possession de bonne foi ou l'usufruit de la mère esclave. C'est qu'en effet, l'enfant d'une esclave n'est pas un fruit proprement dit, parce qu'on n'achète pas une esclave dans le but spécial de la faire produire, comme l'on fait pour un troupeau (L. 27, D., *De heredit. petit.*, liv. V, tit. III; Instit., § 37, liv. II, tit. I).

2° **Droit d'accession relativement aux choses immobilières.** — Cette accession a lieu par le fait ou sans le fait de l'homme.

La première est relative aux *constructions, plantations*, etc.

La seconde a trait aux accroissements résultant du voisinage d'un fleuve ou d'une rivière.

a. Accession relative aux constructions, plantations, etc.

Constructions. — Quelqu'un bâtit sur son terrain avec les matériaux d'autrui. Il est propriétaire de l'édifice, parce que toute construction ne peut exister indépendamment du sol sur lequel elle s'appuie (*quia omne quod inædificatur solo cedit*).—Cependant celui à qui appartenaient

les matériaux ne cesse point pour cela d'en être propriétaire. Quoique propriétaire, il n'a qu'un droit négatif, car il ne peut, tant que l'édifice existe, ni revendiquer les matériaux, ni intenter à leur sujet l'action *ad exhibendum;* il n'a qu'une action personnelle, l'action *de tigno juncto*, par laquelle il obtient le double de la valeur de ses matériaux, sans qu'il y ait à prendre en considération la bonne ou la mauvaise foi du constructeur (1). Ces mesures ont été édictées par la loi des Douze Tables dans le but de favoriser le développement et l'embellissement des villes (*ne urbs ruinis deformetur*). Toutefois, si, par une cause quelconque, l'édifice venait à être démoli ou détruit, avant que le maître des matériaux eût reçu le double de leur valeur par l'action de *tigno juncto*, il pourrait intenter l'action en revendication ou l'action *ad exhibendum*. L'intérêt individuel se concilie ainsi dans une juste mesure avec l'intérêt général (Instit., § 29, *eod.*).

Quelqu'un bâtit avec ses matériaux sur le terrain d'autrui. Le bâtiment appartiendra encore au propriétaire du sol (*illius fit domus cujus et solum est*). Mais le constructeur aura-t-il droit à une indemnité? Les Institutes résolvent la question par une distinction. Le constructeur a-t-il été de mauvaise foi ou de bonne foi? — Le constructeur est de mauvaise foi. Il n'a aucun droit à une indemnité, parce qu'il est censé avoir volontairement aliéné au propriétaire du sol les matériaux employés dans la construction (*quia magis donasse videtur*). Et même après la démolition de l'édifice, il ne lui est pas permis de revendiquer les matériaux (Instit., § 30, *eod.*). Tel était du moins le droit rigoureux, car nous trouvons dans le Digeste (L. 37, *De rei vindic.*, liv. VI, tit. 1; L. 38, *De hered. pet.*, liv. V,

(1) Ce point est toutefois controversé. Quelques auteurs pensent que la peine du double ne frappait que le constructeur de mauvaise foi. V. notamment Vangerow. *Lehrb.*, t. I, § 300; Namur, t. I, § 138, p. 189, texte et note 5; Van Wetter, t. I, § 117, p. 115, texte et note 12.

tit. m) et dans le Code (LL. 2 et 5, *De rei vindic.*, liv. III, tit. XXXII), des solutions qui modifient singulièrement les principes posés aux Institutes. — Le constructeur est de bonne foi. Il peut alors exiger une indemnité des dépenses qu'il a faites. Pour faire valoir ce droit, il n'a d'autre moyen qu'un *jus retentionis*, qu'il opposera sous la forme d'une *exceptio doli mali* à la revendication du propriétaire du fonds. Il y a, en effet, mauvaise foi de la part du propriétaire qui se refuse à restituer au constructeur ses déboursés. Mais cette exception *doli mali* ne peut servir au constructeur que pour repousser la revendication du propriétaire; elle suppose nécessairement que le constructeur se trouve encore en possession du fonds. Si donc il s'est dessaisi de la chose, avant d'avoir pris la précaution de se faire indemniser, il n'a aucun moyen d'y arriver; il ne conserve plus qu'une dernière ressource, presque illusoire, attendre la démolition de l'édifice qui seule lui permettra de revendiquer ses matériaux (Instit., § 30, *eod.*).

Plantations. — Les règles que nous venons d'exposer relativement aux constructions s'appliquent également aux plantations, sauf les différences suivantes : — la plante reste la propriété de son ancien maître, tant qu'elle n'a pas pris racine dans le sol où elle a été transportée; il en est de même des graines, tant qu'elles n'ont pas germé (Instit., §§ 31, 32). Jusqu'à ce moment, par conséquent, l'ancien propriétaire a le droit de les revendiquer. Mais sitôt que la plante a poussé ses racines dans le nouveau sol, et que les semences ont germé, elles deviennent l'accessoire du sol et appartiennent au même propriétaire (*plantæ quæ terræ coalescunt solo cedunt*). La propriété est perdue irrévocablement pour l'ancien maître, si bien qu'elle ne saurait lui faire retour même au cas où la plante serait arrachée. — L'action *de tigno juncto* ne peut être invoquée par le propriétaire de la plante ou des semences qui peut se faire indemniser par l'action *in factum*.

b. Accession résultant du voisinage d'un fleuve ou d'une rivière.

Alluvion. — C'est un accroissement insensible qui se forme sur la rive sans qu'on puisse apprécier la quantité ajoutée par chaque moment (Instit., § 20, *eod.*). L'alluvion profite de plein droit au propriétaire riverain du fleuve, quand il s'agit d'un *ager non limitatus*. L'*ager non limitatus* est un champ qui n'est borné que par des limites naturelles plus ou moins variables, comme le cours d'un fleuve. L'*ager limitatus*, au contraire, est une portion géométrique de terrain, circonscrite dans des limites fixes et invariables. Toutes les terres qui se forment par alluvion en dehors de ces limites sont des *res nullius* qui sont acquises au premier occupant. En fait, le propriétaire d'un *ager limitatus* acquiert toujours l'alluvion, parce qu'il lui est plus facile qu'à tout autre de faire acte d'occupation (1). (L. 16. D., *De adquir. rer. dom.*, liv. XLI, tit. I; L. 1, §§ 6 et 7, D., *De flumin.*, liv. XLIII, tit. XII.)

Terrain reconnaissable, détaché d'un fonds et porté par le courant vers un fonds inférieur ou sur la rive opposée (Instit., § 21, *eod.*). — Ce fait ne change pas la propriété. Cependant, si les arbres qui se trouvent sur cette portion de terrain viennent à pousser leurs racines dans le fonds inférieur ou voisin, la partie de terrain détachée par le fleuve est acquise au fonds auquel elle est venue s'ajouter (*videtur acquisita*). Telle est du moins la doctrine exprimée au Digeste (L. 7, § 2, *De adq. rer. dom.*, liv. XLI, tit. I) et celle qui nous paraît la plus probable (2). Cependant les Institutes semblent admettre une solution différente, d'après laquelle la partie détachée de terrain resterait toujours à son ancien propriétaire; les arbres seuls qui ont poussé leurs racines suivraient le sort du

(1) Voy., sur la distinction des *agri limitati* et des *agri non limitati*, M. Accarias, *Pr. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, nos 203 et suiv.

(2) Voy., en ce sens, MM. Ortolan, t. II, no 380, texte et note 4 ; Thézard, *Rép. écr. sur le dr. rom.*, p. 94; Namur, *Cours d'Instit.* (2e édit.), t. I, § 137, p. 187.

fonds auquel ils se sont attachés (*videntur adquisitæ*. Instit., § 21) (1).

Iles, îlots — qui se forment dans le lit des fleuves ou rivières. Ces îles et îlots sont considérés comme l'accessoire des fonds riverains *non limitati;* ils appartiennent donc aux propriétaires de ces fonds. Mais dans quelle proportion? Si l'île s'est formée d'un seul côté, c'est-à-dire entièrement en deçà de la ligne tracée au milieu du fleuve, elle appartient exclusivement aux riverains du côté du fleuve où elle s'est formée. Dans le cas contraire, elle profite aux riverains des deux côtés, à partir de la ligne tracée au milieu du fleuve et proportionnellement à la ligne de front que présente chaque héritage sur la rive (Instit., § 22, *eod.*). — Bien entendu, ces règles ne s'appliquent qu'aux îles qui se forment par desséchement ou par amas de sable; car, si le fleuve, divisant ses eaux sur un point et les réunissant plus bas, coupe en forme d'île le champ d'un particulier, ce champ continue d'appartenir à son ancien maître (§ 22 *in fine*).

Cas où le fleuve abandonne son lit pour s'en creuser un autre. — Si un fleuve abandonne en entier son lit ordinaire, le lit abandonné appartient aux propriétaires riverains d'après les mêmes règles que l'île qui se forme par desséchement ou par amas de terre. Le nouveau lit prend la condition du fleuve lui-même, c'est-à-dire devient *res publica*. Que si, après un certain temps, le fleuve retourne à son premier lit, le second devient à son tour la propriété de ceux qui possèdent des héritages sur les bords (Instit., § 23, *eod.*). C'était là une déduction logique des principes, mais une déduction bien rigoureuse; car il eût été plus équitable de suivre le sentiment de Pomponius (L. 30,

(1) M. Labbé, *à son cours*, enseigne qu'il faut s'en tenir de préférence au texte des Institutes, le texte du Digeste n'offrant rien de décisif. Voy. aussi, en ce sens, MM. Ducaurroy, t. I, n° 382; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 271; Maynz, t. I, § 187, p. 599 (3e édit.); Demangeat, t. I, p. 441 et 442; Arcarias, *Préc. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, n° 253, p. 569, note 1; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. I, § 115, p. 407.

§ 3, D., *De adq. rer. dom.*, liv. XLI, tit. I), et d'attribuer le lit abandonné au maître *cujus antea fuit* (1).

Inondation. — L'inondation ne change pas la nature du fonds. Aussi, lorsque les eaux se sont retirées, le fonds continue d'être toujours au même propriétaire (Instit., § 24, *eod.*).

3° **Droit d'accession relativement aux choses mobilières.** — L'accession prend, en matière de meubles, des noms différents suivant la nature de l'union qui lie entre elles les deux choses assemblées en un seul tout. Les commentateurs l'appellent, suivant les cas, *spécification*, *adjonction*, *confusion* et *mélange*.

Spécification. — La spécification est un terme moderne qui sert à désigner l'action de transformer en un objet nouveau, dans l'intention de se l'approprier, une chose appartenant à autrui (*ex aliena materia speciem aliquam facere.* L. 7, § 9, D., *De adq. rer. dom.*, liv. XLI, tit. I). Ainsi notamment, on a fait du vin, de l'huile ou du froment, avec le raisin, les olives ou les épis d'autrui; un vase avec l'or, l'argent ou l'airain d'autrui, etc. (Instit., § 25, *eod.*). — A qui appartiendra la *nova species?* Appartiendra-t-elle au maître de la matière ou au spécificateur? Les Sabiniens attribuaient la *nova species* au propriétaire de la matière, parce que, d'après eux, la matière conservait toujours sa nature et continuait à subsister, malgré le changement de forme (*materia dat esse rei*). Les Proculiens, au contraire, attribuaient l'objet confectionné au spécificateur, parce que, disaient-ils, c'est la forme qui donne aux choses leur utilité pratique. Sans la forme, la matière ne serait rien : *forma dat esse rei.* C'est donc la forme de chaque chose qui en constitue l'essence; la matière dont elle est formée n'en constitue que l'accessoire. — Justinien adopte une opinion intermédiaire qui met

(1) Voy., à cet égard, M. Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 187, p. 598, note 6 (3e édit.).

fin à la controverse (*placuit media sententia*). Si l'objet nouveau peut être ramené à son état primitif, à sa première forme, par exemple, si on fait un vase avec un lingot d'argent ou d'airain, c'est toujours la matière qui domine : en conséquence, l'objet nouveau doit, suivant l'opinion des Sabiniens, être attribué au maître de la matière. Que si, au contraire, il est impossible de ramener la matière à son premier état, par exemple, si on fait du vin avec des raisins, l'ancienne matière a été détruite; il y a une création nouvelle qui, suivant les Proculiens, doit appartenir au spécificateur (Instit., § 24, *eod.*) (1). — Mais, comme il est de principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, une indemnité peut être due soit au spécificateur pour sa main-d'œuvre, soit au maître de la matière pour sa chose. Les voies de droit qui servent à l'obtenir sont, suivant les cas, soit l'exception *doli mali*, soit une action *in factum* ou l'action *ad exhibendum*, soit même, en cas de vol, l'action *furti* (Instit., § 26, *eod.*) (2).

Adjonction. — Les commentateurs comprennent sous cette expression, certains cas d'accession dont il est parlé aux Institutes dans les paragraphes 26, 33 et 34. Ainsi on a brodé un vêtement avec la pourpre d'autrui, écrit sur une feuille de papier ou de parchemin, peint sur une toile appartenant à autrui ; à qui reviendra la propriété

(1) Ces principes reçoivent leur application non-seulement au cas où le spécificateur a travaillé exclusivement avec la matière d'autrui, mais encore au cas où il a employé *en partie* sa propre matière. La chose nouvelle appartient au spécificateur, lorsque le retour à l'état primitif est impossible. Dans le cas contraire, elle est commune ; chacun conserve la propriété de sa matière. — *Sic*, MM. de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 283 ; Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 460 ; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, p. 588, note 2 ; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 340, n° 4 ; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 99, p. 368 et suiv. — *Contra*, Mühlenbruch, *Lehrb.*, t. II, § 248, note 3 ; de Keller, *Pand.*, § 142, 2° ; Maynz, *Cours de dr. rom.* (3e édit.), t. I, § 185.

(2) Quelques auteurs ont prétendu que le spécificateur n'acquiert jamais la nouvelle espèce que sous la condition de la bonne foi. V. Arndts, *Lehrb.*, § 155, note 3 ; Vindscheid, *Lehrb.*, t. I, § 187, note 3. — Cette opinion est toutefois généralement repoussée par les romanistes modernes. V. M. Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 99, p. 369, note 8.

du vêtement, du manuscrit ou du tableau ? Au propriétaire de la chose *principale*. Or, pour déterminer la chose principale, on ne s'arrête point à un principe unique; on considère tantôt les choses au point de vue de leur utilité, tantôt de leur valeur, quelquefois même de leur volume.

Confusion. — Par ce terme moderne, on entend, à proprement parler, l'union de choses liquides. Ainsi deux quantités de vin, deux lingots d'or ou d'argent, appartenant à deux personnes différentes, ont été confondus et forment un seul et même vin, un seul et même lingot. A qui appartiendra le résultat de la confusion ? Trois cas sont à considérer : — La confusion a eu lieu du consentement des deux propriétaires, le résultat leur appartient en commun ; — la confusion a eu lieu par hasard (*fortuitu, non voluntate dominorum*) ; dans ce cas, si la séparation des deux éléments dont se compose la chose est possible, chaque propriétaire peut, après avoir demandé la séparation, revendiquer la chose qui lui appartient. Si la séparation est impossible, le résultat de la confusion est commun aux deux propriétaires (Instit., § 27, *eod.*) ; — La confusion a eu lieu par la volonté de l'un des propriétaires, sans la volonté de l'autre. Dans ce cas encore, le résultat de la confusion sera commun, à moins que l'objet produit ne soit une nouvelle espèce de chose (*nova species*) : alors il faudrait appliquer les règles de la spécification, et l'attribuer au spécificateur, sauf l'indemnité due au propriétaire pour sa matière (L. 5, § 1, D., *De rei vindic.*, liv. VI, tit. I).

Mélange (*commixtio*).— Ce terme s'emploie aujourd'hui pour désigner, à proprement parler, le rapprochement d'objets non liquides, dont les particules conservent toujours une individualité distincte. Ainsi, par exemple, on a mêlé à son froment celui d'autrui. Les mêmes principes qui viennent d'être exposés relativement à la confusion s'appliquent au mélange, sauf certaines nuances peu importantes (Instit., § 28, *eod.*).

III. — De la tradition.

Définition. — La tradition est la remise de la possession d'une chose.

Conditions nécessaires pour que la tradition procure la propriété. Elle suppose : — *Chez celui qui aliène :* 1° la qualité de propriétaire; 2° la volonté d'aliéner; 3° la capacité d'aliéner ;—*Chez celui qui acquiert :* 1° la volonté d'acquérir; 2° la capacité d'acquérir. — Il faut, en outre, que la chose ait été mise d'une manière quelconque par celui qui aliène à la disposition de l'acquéreur (Instit., §§ 40-47).

Les choses incorporelles n'étant pas susceptibles d'une possession proprement dite, ne peuvent être acquises par la tradition. Cependant on a fini par reconnaître, à l'égard des choses incorporelles, une *quasi*-possession; dès lors, on a pu les acquérir par une *quasi*-tradition (*usus unius, et patientia alterius*).

B. Modes d'acquérir du droit civil.

Ces modes sont au nombre de six : la mancipation, la cession en justice, la tradition, l'usucapion, l'adjudication, la loi (Ulpien, *Règl.*, tit. XIX, § 2).

I. De la mancipation. — La mancipation est une vente fictive (*imaginaria venditio*), accompagnée de gestes et de paroles sacramentelles ; elle exige la présence de l'aliénateur (*mancipans*), de l'acquéreur (*accipiens*), d'un porte-balance (*libripens*), et de cinq témoins, tous citoyens romains et pubères. Ce mode ne s'applique qu'aux choses *mancipi* (1) (Ulpien, *Règl.*, tit. XIX, § 7).

II. De la cession in jure. — La cession *in jure* est un procès fictif. L'acquéreur revendique comme siennes les choses qu'il veut avoir. L'aliénateur garde le silence et ne contredit pas la prétention du demandeur. Le magistrat constate cet accord, en adjugeant l'objet du litige à celui qui le réclame. *Cedere in jure* signifie donc se désister devant le magistrat. Ce mode d'acquisition de la propriété

(1) Consult., pour plus de détails, M. Pellat, *Propr. et usufr.*, p. 43 et suiv.

est commun aux choses *mancipi* et aux choses *nec mancipi* (Gaïus, C. II, §§ 24 et 25; Ulpien, tit. XIX, §§ 9 et 10).

III. De la tradition. — Mode de transmission de la propriété dans le droit des gens, la tradition a été appliquée à la transmission de la propriété quiritaire des choses *nec mancipi* (Ulpien, *Règl.*, tit. XIX, § 7).

IV. De l'usucapion. — L'usucapion est l'acquisition de la propriété par la possession prolongée pendant un certain temps. Ce mode de transmission s'applique aux choses *mancipi* et *nec mancipi*. Les Institutes traitent cette matière avec de grands développements dans un titre spécial (V. ci-dessous, tit. VI, p. 151 et suiv.).

V. De l'adjudication. — L'adjudication est l'attribution de la propriété faite par le juge (*judex*), dans une action en partage d'une hérédité (*familiæ erciscundæ*), ou dans une action en partage d'une chose commune (*communi dividundo*), ou dans un procès ayant pour objet la fixation des limites entre propriétaires contigus (*finium regundorum*) (1). Ce mode transfère indistinctement la propriété des choses *mancipi* et *nec mancipi* (Ulpien, tit. XIX, § 16).

VI. De la loi. — La loi est considérée comme une cause d'acquisition de la propriété dans plusieurs cas; ainsi dans le cas d'un legs *per vindicationem;* et, en vertu des lois Julia et Papia Poppæa, à l'égard des parts caduques (Ulpien, *Règl.*, tit. XIX, § 17).

TITRE II

Des choses corporelles ou incorporelles

Les choses dont se compose le patrimoine des particuliers se divisent en choses corporelles et choses incorporelles (Instit., *pr.*, liv. II, tit. II).

Définition. — Les choses *corporelles* sont celles qui peuvent être touchées (*quæ tangi possunt*), qui tombent sous les sens. Exemple, un cheval, une maison, etc.

(1) V., sur ces trois actions, *infrà*, liv. IV, tit. VI, p. 593.

Les choses *incorporelles* sont celles qui ne tombent pas sous les sens, qui n'ont rien de physique (*quæ tangi non possunt*). Ce sont des conceptions juridiques qui n'ont qu'une existence abstraite. Exemple, un droit d'hérédité, d'usufruit, d'usage, etc. (Gaïus, C. II, §§ 12 et 13; Instit., § 1, *eod.*). Peu importe que dans l'obligation se trouve comprise une chose corporelle qui forme l'objet de l'obligation, le droit qui nous donne une chose corporelle n'en est pas moins une chose incorporelle. Exemple, l'hérédité contient des choses corporelles; les fruits que l'usufruitier retire du fonds sont des choses corporelles; néanmoins le droit d'hérédité, le droit d'usufruit sont incorporels.

Parmi les choses incorporelles qui sont dans notre patrimoine, nous comptons tous les droits *réels*, à l'exception du droit de propriété, et les droits *personnels*.

Droits réels, droits personnels. — La lutte de l'homme contre la nature a donné naissance aux droits *réels*. Les rapports des hommes entre eux ont produit les droits *personnels*. — Parmi les droits réels, on range les droits de propriété, de servitude, d'emphytéose, de superficie, de gage et d'hypothèque (1). — Parmi les droits personnels, on range tous les droits qui touchent à l'état de l'homme, ceux qui modifient sa capacité d'agir, celle d'acquérir des biens et d'en disposer.

Ressemblance entre le droit réel et le droit personnel. — Le droit réel et le droit personnel constituent le patrimoine : ils ont un caractère essentiellement pécuniaire. Ainsi, je puis vendre mon champ, et en retirer une somme d'argent. D'un autre côté, la personne qui s'est engagée envers moi à faire une certaine chose, pourra être condamnée à des dommages-intérêts en cas d'inexécution de son obligation.

(1) Voy., sur cette importante matière, M. Pellat, *Exposé des principes génér. du dr. rom. sur la propriété et ses principaux démembrements, suivi d'une traduction et d'un comment. du liv. VI des Pand.* (2e édit.).

Différences entre le droit réel et le droit personnel. — Ces différences sont nombreuses :

1° *Au double point de vue de l'acquisition et de la transmission.* — Le droit réel, à raison de son origine, s'acquiert par une prise de possession. Cette prise de possession peut être solennelle ou fictive. Il importe peu que les besoins de simplicité et de rapidité l'aient modifiée : il faut toujours qu'elle ait lieu. — Le droit personnel, au contraire, n'a besoin que de paroles échangées, d'un serrement de main, etc.

2° *Au point de vue du mode d'exercice.* — Le droit réel se manifeste par des actes de possession. — Au contraire, lorsqu'un débiteur s'engage envers vous, le rapport créé entre vous et lui ne se manifeste par aucun signe extérieur. Rien n'apparaît ; la possession est impossible.

3° *Au point de vue des actions servant à protéger le droit.* — Le droit réel est garanti par une action *in rem* qui est dirigée directement sur la chose, objet de ma propriété, et indirectement contre la personne qui vient s'interposer entre cette chose et moi. — Le droit personnel est garanti par une action *in personam*, qui a pour objet une prestation que l'on ne peut concevoir indépendamment de la personne du débiteur.

4° *Au point de vue du caractère même du droit.* — Le droit réel a un caractère exclusif. Par cela seul qu'une chose est dans mon patrimoine, tout autre se trouve exclu de la propriété de cette chose. — Rien n'empêche au contraire, si je suis créancier d'une personne, que vous ne soyez créancier de la même personne (1).

(1) M. Accarias, 2e édit., t. I, n° 189, p. 416, note 4, fait observer avec raison que les avantages attachés au droit de créance ne se comprennent pas en dehors de l'état social, tandis que les avantages contenus dans le droit de propriété se comprennent même au profit d'un homme qui vivrait absolument isolé. Seulement ils ne constitueraient plus un droit proprement dit, car tout droit suppose un objet passif.

TITRE III

Des servitudes

Division. — Les servitudes se divisent en deux classes : les servitudes réelles ou prédiales (*prædiorum jura*) ; les servitudes personnelles (*personarum servitutes*).

I. DES SERVITUDES RÉELLES OU PRÉDIALES.

Définition. — La servitude est réelle ou prédiale lorsqu'elle existe sur un immeuble au profit d'un autre immeuble. Elle établit un rapport de droit entre deux héritages. L'héritage débiteur du service s'appelle *fonds servant*; l'héritage auquel le service est dû s'appelle *fonds dominant.*

Division des servitudes prédiales. — Les servitudes prédiales se divisent en servitudes prédiales *rurales* et servitudes prédiales *urbaines.*

Définition des servitudes prédiales rurales. — On entend par servitudes prédiales *rurales* (*jura prædiorum rusticorum*), celles qui existent, qui se conçoivent indépendamment de toute idée de construction, de bâtiment (*quæ in solo consistunt*). Elles affectent le sol; elles n'ont pour but que de favoriser l'intérêt de l'agriculture, et de rendre les fonds de terre plus productifs (1). Telles sont, par exemple, les servitudes de passage, d'aqueduc, de pacage, etc. (Instit., § 1, liv. II, tit. III).

Définition des servitudes prédiales urbaines. — On entend par servitudes prédiales *urbaines* (*jura prædiorum urbanorum*), celles qui éveillent nécessairement dans l'esprit l'idée d'un édifice, d'un bâtiment (*quæ in superficie consistunt*). Elles affectent la superficie; elles n'ont pour but que de donner plus de commodité aux habitations (2).

(1-2) Voy. MM. Machelard, *Rev. crit. de législat.*, t. XXIX, p. 254 et

Telles sont, par exemple, les servitudes de jour, de vue, etc. (L. 1, *pr.*, D., *Comm. præd...*, liv. VIII, tit. IV; Instit., § 1, *eod.*).

Intérêt de cette distinction. — Cet intérêt existe à un triple point de vue : — 1° Les servitudes prédiales rurales constituaient des *res mancipi* (Gaïus, C. II, § 19); tandis que les servitudes prédiales urbaines étaient reléguées parmi les *res nec mancipi*. — 2° Il fallait rechercher à quelle classe appartenait une servitude pour décider, soit de quelle manière elle pourrait se constituer, soit d'après quelles règles elle pourrait s'éteindre. — 3° L'impossibilité de faire d'une servitude l'objet d'un *pignus* ou d'une *hypotheca* est positivement établie à l'égard des servitudes urbaines (L. 11, § 3, D., *De pignor. et hypoth.*, liv. XX, tit. I.). Au contraire, l'hypothèque était considérée comme licite, lorsqu'elle s'appliquait à des servitudes rurales, notamment à des droits de passage ou d'aqueduc (L. 12, D., *eod.*) (1).

Quelles sont les principales servitudes rurales? — Il y a quatre servitudes rurales principales et anciennes : — 1° l'*iter*, c'est-à-dire le droit de passer (*eundi gratia*) soit à pied, soit à cheval, soit en litière, mais non de conduire des bestiaux et des voitures (*non etiam jumentum agendi vel vehiculum*). — 2° L'*actus*, c'est-à-dire le droit de conduire des troupeaux, de faire passer une voiture, un chariot. L'*actus* embrasse, en général, l'*iter* (*qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento*). L'*actus* existe quelquefois *sine itinere*. — 3° La *via*, c'est-à-dire le droit de passer et de se servir du chemin pour toute espèce d'usage. La *via* doit avoir une largeur déterminée de huit pieds *in porrectum*, de seize pieds dans les tournants (*in*

suiv.; Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 484; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 218, p. 704 et suiv. (3e édit.).— Voy. cependant M. Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, n° 269, p. 609, note 2.

(1) Voy., sur la critique de ce droit d'hypothèque, M. Machelard, *loc. cit.*, p. 520 et suiv. — Voy. cependant M. Demangeat, *op. cit.*, p. 488.

anfractum). M. Demangeat (*Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 490) a parfaitement déterminé le caractère distinctif de la *via*, en disant « que la *via* suppose sur le fonds servant un chemin par où elle s'exerce, tandis que celui qui a seulement l'*iter* ou l'*actus* passe comme il peut à travers le fonds servant, en ayant toujours soin de ne pas endommager les récoltes ». — 4° L'*aquæductus*, c'est-à-dire le droit de faire passer de l'eau par le fonds d'autrui.

A cette énumération, les Institutes ajoutent une autre série de servitudes qui n'ont été vraisemblablement mises en pratique qu'à une époque plus récente (1), et qui ont été assimilées aux anciennes servitudes. Ce sont : — 1° l'*aquæ haustus*, c'est-à-dire le droit de puisage. — 2° Le *pecoris ad aquam adpulsus*, c'est-à-dire le droit d'abreuvage. — 3° Le *jus pascendi*, c'est-à-dire le droit de pacage. — 4° Le *jus calcis coquendæ*, c'est-à-dire le droit de faire cuire de la chaux. — 5° Le *jus arenæ fodiendæ*, c'est-à-dire le droit d'extraire du sable (Instit., § 2, *eod.*).

Quelles sont les principales servitudes urbaines ? — Les Institutes nous citent comme exemples : — 1° la servitude *oneris ferendi*, c'est-à-dire le droit d'appuyer un bâtiment sur les constructions de son voisin. — Cette servitude offre une particularité remarquable. Un caractère général de la servitude est d'astreindre le propriétaire du fonds assujetti à laisser faire, ou à s'abstenir de certains actes, mais non de le contraindre à faire quoi que ce soit, à agir, à rendre un service. Cependant, par exception, dans la servitude *oneris ferendi*, le propriétaire de la chose assujettie est obligé de l'entretenir en bon état; il est obligé à faire, à réparer ses constructions si elles se dégradent (L. 6, §§ 2, 5; L. 8, *pr.*, et § 2, D., *Si servit. vind.*, liv. VIII, tit. v). Au reste le propriétaire du fonds assujetti peut se libérer de cette obligation en abandonnant le fonds (L. 6, § 2, D., *eod.*). — 2° La servitude *tigni*

(1) *Sic*, M. Machelard, *loc. cit.*, p. 526.

immittendi, c'est-à-dire le droit de faire reposer des poutres ou d'autres matériaux de construction dans le mur du voisin. — 3° La servitude *stillicidii vel fluminis recipiendi* ou *avertendi*, c'est-à-dire le droit de laisser couler ou d'envoyer sur la propriété du voisin les eaux de son toit, soit goutte à goutte, soit rassemblées dans une gouttière. — 4° La servitude *stillicidii vel fluminis* NON *recipiendi*, c'est-à-dire le droit de ne pas recevoir les eaux et l'égout du voisin. Comment expliquer que ces deux facultés inverses *stillicidii vel fluminis recipiendi vel* NON *recipiendi* constituent à la fois une servitude; en effet, le contraire d'une servitude doit être le droit commun. Il y a grande controverse sur ce point. Plusieurs explications ont été proposées : Suivant Pothier (*Pand. Justinian.*, Tit. *De servit. præd. urb.*, n. 11), il y avait servitude *stillicidii* NON *recipiendi* dans les lieux où les statuts locaux établissant, comme droit commun, l'obligation de recevoir l'égout des toits voisins, on acquérait du voisin le droit de ne pas recevoir ses eaux pluviales (1). Suivant d'autres interprètes, il ne s'agirait ici que du cas où un fonds étant grevé de la servitude *stillicidii vel fluminis recipiendi*, le propriétaire de ce fonds libérerait sa propriété de cette charge en acquérant du propriétaire dominant la servitude contraire *stillicidii vel fluminis* NON *recipiendi* (2). — 5° La servitude *altius vel* NON *altius tollendi*, c'est-à-dire le droit d'élever ou de ne pas élever un bâtiment jusqu'à telle hauteur. Ce cas est sujet aux mêmes interprétations que le précédent.

(1) Voy., en ce sens, MM. Ducaurroy, *Instit. de Just.* (5e édit.), t. I, n° 421 ; Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. II, n° 455 (7e édit.): de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 292 et suiv.; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 219, p. 706, texte et note 8 (3e édit.); Schilling, *Bemerkungen uber Romische Rechtsgeschichte*, p. 147, et *Lehrbuch*, §§ 149, 190.

(2) *Sic*, MM. Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 493 et suiv.; Accarias, *Prée. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, n° 268, p. 606 et 607, texte et note 1 ; Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 338; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 139, p. 485. Telle est aussi l'explication donnée par M. Labbé à son cours.

Modes de constitution des servitudes.

Mode spécial aux servitudes prédiales rurales.

C'est la mancipation (Gaïus, C. II, § 29). M. Machelard enseigne toutefois (*Rev. crit. de législ.*, t. XXX, p. 267), qu'un droit de passage ou d'aqueduc, constitué en vue de doter un *prædium urbanum* d'une qualité avantageuse ne pouvait être acquis par la mancipation. — Il est bon de se rappeler que la mancipation comme mode d'acquérir avait déjà disparu à l'époque classique avec la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi*.

Modes communs aux servitudes rurales et urbaines.

Ancien droit civil: — 1° La *cessio in jure* était le mode le plus ordinairement employé dans les actes entre-vifs (Gaïus, C. II, § 29). — 2° L'*adjudicatio* servait à constituer une servitude dans les actions en partage, soit d'une chose indivise, soit d'une succession. Mais remarquons que, dans ce cas, la servitude ne pouvait exister qu'autant que l'instance était une instance légitime, régie par le droit civil (L. 18, D., *Comm. divid.*, liv. X, tit. III; L. 16, §§ 1, 2, D., *Famil. erciscund.*, liv. X, tit. II). — 3° Le *testament*, plus usité à l'égard des servitudes personnelles, était également employé pour la constitution des servitudes prédiales. Ainsi un testateur me lègue le droit d'appuyer ma poutre sur son mur, ou bien il me lègue la propriété de tel fonds en le grevant d'une servitude au profit de tel autre fonds laissé à ses héritiers. Dans le premier cas, il y a *translatio* de la servitude et dans le second *deductio* (L. 19, *pr.*, D., *De usufr.*, liv. VII, tit. I).

L'*usucapion* qui suppose la possession ne pouvait s'appliquer aux servitudes qui n'étaient pas susceptibles de possession. Ainsi le décidait une loi *Scribonia* dont la date ne nous est pas connue (L. 4, § 29, D., *De usurp.*, liv. XLI, tit. III).

Droit prétorien. — Les servitudes s'établissaient : — 1° Par une quasi-tradition (L. 4, *pr.*, D., *De servit.*, liv, VIII, tit. I); — 2° par une rétention ou une réserve dans la tradition de la propriété (L. 6 *pr.* D., *Comm. præd.*,

liv. VIII, tit. IV); — 3° Par une *quasi-possessio longi temporis*, soumise, quant à sa durée, aux règles du droit commun (1);—4° Par l'adjudication du juge dans les instances qui n'étaient pas légitimes, mais qui étaient régies par le droit prétorien (L. 44, § 1, D., *Famil. ercisc.*, liv. X, tit. II).

Remarquons qu'aucune servitude ne pouvait être constituée sur les fonds provinciaux qui n'étaient pas susceptibles d'une propriété *juris civilis*. Cependant, au moyen des *pactes* et des *stipulations*, les particuliers pouvaient créer entre eux des rapports analogues aux servitudes (Gaïus, C. II, § 31) (2).

Droit de Justinien. — La mancipation et la cession en justice ont disparu. Les principes du droit prétorien sont sanctionnés par le droit civil. Désormais les servitudes s'acquièrent *jure civili* : — 1° Par la quasi-tradition. C'est une question vivement controversée parmi les interprètes modernes, que celle de savoir si la simple convention suffit, sous Justinien, pour constituer une servitude, ou s'il faut de plus une quasi-tradition du droit de la part de celui qui accorde la servitude (3). — 2° Par la rétention ou réserve dans la tradition de la propriété. — 3° Par

(1) Dans la seconde édition de son *Précis de dr. rom.*, n. 274, p. 645, M. Accarias émet une opinion contraire. Suivant ce savant romaniste, c'était le juge qui, d'après les principes du droit prétorien, décidait, *à son gré*, si le temps pendant lequel la servitude avait été exercée était suffisant pour qu'elle fût considérée comme acquise par la *longa possessio;* la durée de dix ou vingt ans n'était donc pas toujours nécessaire. M. Accarias ne donne à l'appui de sa doctrine qu'un argument de mots ; il fait remarquer que les textes, au lieu d'employer l'expression *quasi longi temporis possessio*, se servent plutôt des expressions *quasi-possessio, longa consuetudo, longi temporis consuetudo, longum tempus*. Nous ne saurions admettre qu'un tel pouvoir d'appréciation ait été laissé au juge et nous voudrions tout au moins des arguments plus convaincants que ceux que propose M. Accarias. Telle est aussi l'opinion de M. Lyon-Caen, sur Accarias, *Rev. crit. de législat.*, t. III, 1874, p. 394 et 395.

(2) Voy., sur l'emploi de ces pactes et stipulations, MM. Demangeat, *op. cit.*, p. 498 et 499 ; Maynz, *op. cit.*, t. I, § 225, p. 722 (3e édit.).

(3) Voy., sur les détails de cette controverse, MM. Blondeau, *Chrestomathie*, p. 413 ; Pellat, *Propr. et usufr.*, p. 70; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 296 ; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 226, p. 725 (3e édit.); Namur, *Cours d'Instit.* (2e édit.), t. I, § 180, p. 247 et suiv.; Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 350 ; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 140, p. 490 et suiv.; Krans *Tr des dr. d'usufr* p. 27 et suiv.

l'adjudication, sans qu'il y ait à distinguer entre le *judicium legitimum* ou non.—4° Par legs dans un testament. —5° Par le long usage ou *præscriptio longi temporis*, sous la réunion des trois conditions suivantes : — qu'il y ait quasi-possession de la servitude : — que cette possession ait une juste cause et qu'elle soit exercée de bonne foi (1) ; — qu'elle ait été continuée d'une manière non vicieuse, *nec vi, nec clam, nec precario*, et sans interruption, pendant dix ans entre présents et vingt ans entre absents (L. 12, C., *De præscript. longi temp.*, liv. VII, tit. XXXIII).

Modes d'extinction des servitudes. — Les servitudes s'éteignent :

1° *Par le non-usage* dont la durée d'abord de deux années (*biennium*) a été fixée par Justinien à dix ans entre présents et vingt ans entre absents (L. 13, C., *De servit.*, liv. III, tit. XXXIV). — Relativement aux servitudes prédiales *rurales*, le point de départ du délai est le moment même ou l'ayant droit a cessé d'exercer la servitude. Relativement aux servitudes *urbaines*, le délai ne commence à courir que lorsqu'un acte contraire à l'existence de la servitude a été accompli par le propriétaire du fonds servant (*aliquid novi*) (2). C'est ce qu'on appelle *usucapio libertatis*. Au surplus, la libération n'est acquise qu'autant que le nouvel état de choses, résultant de cette entreprise, s'est maintenu jusqu'au moment où expire le délai de l'usucapion (L. 6, *pr.*, D., *eod.*). — Il est bon de remarquer que l'usage doit être conforme au titre constitutif de la servitude (*per modum*). Un usage irrégulier de la servitude équivaut à un non-usage.

2° *Par la perte, la destruction ou la transformation radicale* de l'un des fonds, dominant ou servant. Ainsi l'édifice

(1) La nécessité d'un juste titre et de la bonne foi pour l'usucapion des servitudes est vivement contestée par quelques interprètes du droit romain. Voy., sur cette intéressante controverse, M. Van Wetter, t. I, § 143, p. 497, texte et notes 15-16.

(2) Cette différence entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines existe encore sous Justinien. Toutefois ce point est vivement controversé. V. M. Glasson, *Extinction des charges réelles par la prescription*, Rev. prat. de dr. franç., 1872, t. II, p. 369 et suiv.—V. aussi *infrà*, p. 148, note 1.

servant ou dominant est renversé. — Mais si les choses sont remises plus tard dans l'état où elles se trouvaient avant la destruction, la servitude revit, pourvu qu'elle ne se soit pas dans l'intervalle éteinte par non-usage (*Utiliter exigit ut idem intelligatur*). (LL. 20, 22, 23, D., *Quemad. servit. amitt.*, liv. VIII, tit. VI.)

3° *Par la confusion*, lorsque le droit de servitude et le droit de propriété se réunissent sur une seule et même tête (*nemini res sua servit*) (L. 1, D., *eod.*).

4° *Par la renonciation* du propriétaire de l'héritage dominant. — Toutefois, si une servitude indivisible appartient à plusieurs en commun, la renonciation ne produit d'effet absolu que lorsqu'elle a été faite par tous (L. 32, *pr. in fine*, D., *De servit. præd. urb.*, liv. VIII, tit. II; L. 34, *pr.*, D., *De serv. præd. rustic.*, liv. VIII, tit. III).

5° *Par la résolution* du droit du constituant en vertu de la règle : *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.*

II. DES SERVITUDES PERSONNELLES.

Définition. — Les servitudes personnelles sont celles qui sont établies en faveur d'une personne physique ou morale sur des choses mobilières ou immobilières, et qui s'éteignent de plein droit par la mort ou après un laps de temps déterminé (Instit., § 3, liv. II, tit. IV; L. 8, D., *De usufr. leg.*, liv. XXXIII, tit. II).

Il y a trois servitudes personnelles : l'usufruit, l'usage et l'habitation.

TITRE IV

De l'usufruit

Définition. — L'usufruit est le droit d'*user* des choses d'autrui (*jus alienis rebus utendi*) et d'en recueillir les *fruits* (*fruendi*), *salva rerum substantia* (Instit., *pr.*, liv. II, tit. IV; L. 1, D., *De usuf.*, liv. VII, tit. I).

Les derniers mots de cette définition, *salva rerum subs-*

tantia, ont donné lieu à plusieurs interprétations différentes : — 1° Certains jurisconsultes les traduisent ainsi : *Le droit d'user et de jouir..... à la charge d'en conserver la substance.* Cette première opinion, presque unanimement repoussée par les romanistes de la Faculté de Paris, a été cependant développée avec talent par M. Ortolan (1). — 2° D'autres jurisconsultes, se fondant sur la définition de Théophile, dans sa paraphrase des Institutes (t. I, liv. II, tit. IV, p. 271), pensent que ces mots *salva rerum substantia* sont relatifs à la durée de l'usufruit, et veulent dire : *tant que dure la substance de la chose.* Cette opinion semble confirmée par la petite phrase que les Institutes ajoutent à la définition de l'usufruit : *est enim jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est.* Développée par M. Ducaurroy, elle est presque généralement adoptée par la Faculté de Paris (2). — 3° Une autre interprétation consiste à traduire ainsi les mots *salva rerum substantia :* « Tant que la chose conserve sa destination primitive. » La substance, disent les partisans de cette opinion, n'est pas seulement ce qui fait qu'une chose existe; c'est, au point de vue juridique, ce qui fait qu'une chose a une utilité, une destination. Or un objet, soumis à l'usufruit, peut perdre sa destination primitive, cesser de remplir la même utilité, sans être complétement anéanti. Ainsi, celui qui a l'usufruit d'une maison n'aura pas le droit d'exploiter le sol, si cette maison vient à être détruite par un incendie. L'usufruit est alors éteint parce que la chose a perdu sa destination première (3). — 4° Enfin, d'après d'autres auteurs, ces mots seraient relatifs à la seule qualité de la chose; ils signifieraient que l'usufruit n'est pos-

(1) Voy., en ce sens, Gluck, *Erläuter der Pand.*, IX, § 634 ; MM. Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 212, p. 691, note 1 (3e édit.); Ortolan, *Explic. histor. des Instit.*, t. II, n° 473 (7e édit.); de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 295. — Voy. d'ailleurs l'art. 578, C. civ.

(2) *Sic*, MM. Ducaurroy, *Instit. de Justinien*, t. I, n° 430; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, n° 274.

(3) M. Labbé *à son cours* a, dans ces derniers temps, donné à cette opinion tout le poids de son autorité.

sible que sur les choses dont on peut user et jouir, *sans les consommer, sans les détruire* (1).

De la constitution de l'usufruit. — L'usufruit peut être constitué de trois manières différentes : — par un acte du propriétaire, — par un acte judiciaire, — et par la loi. Nous ne nous occuperons que de la constitution de l'usufruit par un acte du propriétaire, parce qu'elle est la manière la plus usuelle.

Modes de constitution de l'usufruit par un acte du propriétaire. — Ces modes de constitution de l'usufruit varient suivant qu'on se place avant ou après Justinien.

Avant Justinien il y en avait deux espèces :

1° L'*in jure cessio* était le mode propre à l'établissement entre-vifs de l'usufruit (Gaïus, C. II, § 30).—L'usufruit ne pouvait s'établir *directement* par la mancipation, parce qu'il ne comptait pas au nombre des choses *mancipi*. Mais celui qui mancipait la propriété de son fonds à un tiers pouvait en déduire l'usufruit, de sorte que la nue propriété appartenait à l'un et que l'usufruit était réservé à l'autre. On arrivait ainsi *indirectement* à constituer par la mancipation un droit d'usufruit (Gaïus, C. II, §§ 25, 33).

2° L'usufruit s'établit par *legs*, c'est même le mode le plus usité, parce que d'ordinaire la constitution de l'usufruit est un acte de dernière volonté. Mais il y a trois manières de léguer l'usufruit : — Le testateur a légué *directement* l'usufruit au légataire (*usumfructum legaverit*). Exemple : Je lègue à *Titius* l'usufruit du fonds Cornélien. L'héritier aura la nue propriété, le légataire l'usufruit.— Le testateur lègue à *Titius* la propriété du fonds Cornélien déduction faite de l'usufruit (*deducto usufructu*). Le légataire aura la nue propriété, l'héritier l'usufruit. — Le testateur fait deux legs : à *Primus* il lègue l'usufruit, à *Secundus* il lègue la propriété, *moins l'usufruit* (*deducto usufructu*), du fonds Cornélien. *Primus* aura l'usufruit,

(1) Voy., en ce sens, Galvanus, *Dissert. var. de usuf.*, ch. IV, p. 27 et 28 ; MM. Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 505 (2e édit.) ; Namur, *Cours d'Instit.* (2e édit.), t. I, § 169, p. 229.

Secundus la nue propriété. Remarquons que, dans ce dernier cas, la mention de ces deux mots, *deducto usufructu*, est d'une importance capitale. En effet, si le testateur avait légué purement et simplement à *Secundus le fonds* Cornélien, ce legs comprendrait dans ses termes généraux la propriété et l'usufruit. *Secundus* se trouverait donc investi de la nue propriété du fonds entier, plus de la moitié de l'usufruit. *Primus* aurait seulement l'autre moitié de l'usufruit.

La tradition ne pouvait, dans le droit civil, servir à constituer l'usufruit, parce qu'elle était un mode d'aliénation des choses corporelles. — Mais le préteur apporta des adoucissements à la rigueur du droit civil; il admit qu'on pût conférer l'usufruit par *quasi*-tradition, et sanctionna cette innovation par l'action Publicienne et par des interdits (L. 11, § 1, D., *De Publ. act.*, liv. VI, tit. II).

Sous Justinien, il y a cinq modes principaux de constituer l'usufruit : la tradition, le legs, la loi, le fidéicommis, les pactes et stipulations.

1° La tradition a été consacrée par Justinien comme moyen d'établir l'usufruit (L. 3, D., *De usuf.*, liv. VII, tit. I; L. 11, D., *De Publ. act.*, liv. VI, tit. II; L. 11, D., *Quib. mod. us.*, liv. VII, tit. IV).

2° Le legs, ancien mode de constitution de l'usufruit, a, depuis Justinien, conféré au légataire non-seulement des actions personnelles, mais encore des actions réelles et hypothécaires (Instit., § 2, liv. II, tit. XX).

3° La loi donne au père de famille l'usufruit du pécule adventice de son enfant (Instit., § 1, liv. II, tit. IX).

4° Le fidéicommis a été reconnu par Justinien comme mode constitutif de l'usufruit (L. 9, D., *De usuf. leg.*, liv. XXXIII, tit. II).

5° Enfin les pactes et stipulations peuvent servir à établir l'usufruit (L. 2, C., *De fals. caus.*, liv. VI, tit. XLIII). — Mais les pactes et les stipulations donnent-ils immédiatement naissance au droit réel d'usufruit, ou seule-

ment à une action personnelle pour le faire établir (1)?

Remarque. — Une des questions les plus controversées par les commentateurs modernes, est celle de savoir si l'usufruit peut être acquis, sous Justinien, par la prescription de dix ou vingt ans (2).

Sur quelles choses peut être constitué l'usufruit? — L'usufruit véritable s'établit sur toutes choses corporelles, meubles ou immeubles, et qui sont dans le commerce. C'est un *jus in corpore*, dit Justinien (Instit., *pr.*, liv. II, tit. IV). Ainsi, un fonds de terre, une maison, un esclave peuvent former l'objet de ce droit (Instit., § 2, *eod.*).

Du quasi-usufruit. — Toutes les choses corporelles ne peuvent donner naissance à un droit d'usufruit véritable; telles sont les choses corporelles qui se consomment par le premier usage (*quæ ipso usu consumuntur*). On range dans cette dernière classe les denrées alimentaires, le vin, l'huile, le blé, l'argent monnayé. Relativement à ces choses, en effet, la séparation du *jus utendi et fruendi* ne peut se faire d'avec le *jus abutendi*. Tout usage est un usage définitif, qui anéantit la chose dont on se sert. Si donc un testateur a légué à un tiers l'usufruit d'une somme d'argent, ce legs à l'origine était nul. Cependant, comme ce genre de legs se renouvelait fréquemment dans les dispositions testamentaires, on a cherché un moyen de donner à la volonté du testateur quelque effet. Un sénatus-consulte dont il est difficile de préciser la date (3)

(1) La même difficulté s'élève relativement aux servitudes prédiales. Voy., en sens divers, les autorités citées *suprà*, liv. II, tit. III, p. 438, note 2; et surtout M. Pellat, *Propr. et usufr.*, p. 70 et suiv.

(2) Voy., pour l'affirmative, Vangerow, *Lehrb. der Pand.*, § 351, p. 762 (7e édit.); Puchta, *Pand.*, t. I, § 188, litt. M.; de Savigny, *System. des heut. röm. Rechts.*, t. IV, p. 493 et suiv.; Unterholzner, *Verjahrung*, p. 150; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 228, p. 552 (3e édit.); Machelard, *Text. sur la possess.*, 1re part., § 2, p. 35, note 1: Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, n° 277, p. 634, note 1. — Pour la négative, Zimmern, *Römischrechtl-Untersuch*, p. 112; Krans, *op. cit.*, p. 36.

(3) En Allemagne, Gluck, Noodt, Schulting, placent ce sénatus-consulte sous le règne de Tibère. Telle est aussi, en France, l'opinion généralement adoptée. — Cependant d'autres romanistes d'une grande autorité, et notamment Hugo, *Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts* (8e édit.), p. 560, le rattachent au règne d'Auguste.

a décidé que l'usufruit pourrait être établi (*utilitatis causa*) même sur ces objets.

On transférait à l'usufruitier la propriété de la chose léguée. L'usufruitier s'engageait à restituer à sa mort, ou lors de l'extinction de l'usufruit par la diminution de tête, soit une chose de même espèce et de même qualité, quand le legs lui avait été délivré sans estimation, soit, en cas d'estimation, le prix fixé à l'avance. Cette obligation était garantie par des débiteurs accessoires ou fidéjusseurs (*satisdatur, ut... tanta pecunia restituatur, quanti hæ fuerint æstimatæ*). Par ce procédé on a obtenu cet équivalent du droit d'usufruit que les commentateurs ont nommé *quasi*-usufruit.

Différences entre l'usufruit et le quasi-usufruit.

1° *Au point de vue de la constitution du droit.*—L'usufruit s'établit par des modes d'acquisition entre-vifs et testamentaires. — Le *quasi*-usufruit ne se constitue que par testament.

2° *Au point de vue de l'étendue du droit.* — L'usufruit proprement dit ne confère à l'usufruitier qu'un simple démembrement du droit de propriété, le *jus utendi-fruendi*, sans le *jus abutendi*. — Le *quasi*-usufruit, au contraire, transfère au *quasi*-usufruitier non pas seulement un démembrement du droit de propriété, mais la pleine propriété.

3° *Au point de vue des risques.*—L'usufruitier doit rendre non pas une chose semblable à celle dont on a eu la jouissance, mais cette chose même. D'où il résulte qu'il n'a rien à rendre lorsque la chose a péri par cas fortuit : c'est l'application du principe *Res perit domino* (Instit., § 2, liv. II, tit. IV).—Le *quasi*-usufruitier, au contraire, est tenu de rendre, non pas les choses mêmes qui lui ont été livrées, mais des choses de mêmes espèce, quantité et qualité, ou une somme représentative de leur valeur. Peu importe que les choses par lui reçues périssent ou non, son obligation subsiste et ne change pas.

4° *Au point de vue de l'extinction du droit.* — L'usufruit s'éteint par la perte ou l'altération de la chose. — Le *quasi*-usufruit ne s'éteint que par la mort ou la diminution de tête du *quasi*-usufruitier (*si morietur aut capite minuetur*).

De l'usufruit des choses incorporelles. — A l'origine, les choses incorporelles, telles que les créances, n'étaient pas susceptibles d'un droit d'usufruit. Mais depuis l'introduction du *quasi*-usufruit on a validé le legs d'usufruit des choses incorporelles (1).

Droits de l'usufruitier. — L'usufruitier a droit à tous les fruits de la chose.

Définition du mot fruits. — Les fruits sont les revenus qu'une chose produit périodiquement d'après sa destination. Ainsi, le trésor qu'on a découvert dans le sol n'est pas un fruit, parce qu'il est impossible de le ranger dans la classe des produits *périodiques*, et qu'aucune terre n'est *destinée* à produire des trésors. — Au contraire, la récolte que fournit un champ est un fruit, parce qu'elle est destinée à se reproduire à certains intervalles plus ou moins rapprochés, sans altérer la valeur du sol.

Division des fruits. — Les fruits sont *naturels* ou *civils*. — On entend par fruits *naturels* les fruits que la terre produit d'elle-même, spontanément, ou avec le travail de l'homme. Exemple : les bois, le foin, le blé, les légumes, etc. — On appelle fruits *civils*, les revenus que la

(1) C'est un point vivement controversé que celui de savoir si l'usufruit des créances constitue un usufruit véritable ou un *quasi*-usufruit. L'importance de la question consiste en ce que, s'il y a usufruit véritable, le légataire ne peut pas disposer du capital de la créance, tandis qu'il le peut dans le *quasi*-usufruit. — Lauterbach (*Colleg. Theor. prat. Pand.*, h. t. § 6, p. 620) et Thibaut (*Syst. des Pand.*, R. 2e vol., § 640) prétendent que c'est un véritable usufruit. — Gluck (*Pand.*, IX, p. 472 et 406), Pellat (*Tent. chois. des Pand.*, p. 30 et s.) et Kraus (*Des droits d'usufr.*) y voient la matière d'un *quasi*-usufruit. — Enfin d'autres auteurs ont adopté une opinion mixte et y voient tantôt un véritable usufruit, tantôt un *quasi*-usufruit. V. notamment, Held, *Die Lehre Vom Usufruct. ear. rer*, § 12, p. 49.

chose ne produit pas, mais que l'on gagne à son occasion. Ex. : les loyers des maisons, etc.

Différence entre l'acquisition des fruits naturels et celle des fruits civils.

Les fruits *naturels* s'acquièrent *par la perception*. Il y a *perception* lorsque les fruits sont détachés ou séparés de la chose qui les a produits. Trois hypothèses peuvent se présenter : 1° l'usufruitier meurt *avant* la perception des fruits, il n'a aucun droit sur les fruits non perçus qui appartiennent au nu propriétaire; 2° l'usufruitier meurt *après* la perception des fruits, la récolte entière lui appartient; 3° l'usufruitier meurt *pendant* la perception des fruits, toute la portion de fruits que l'usufruitier a récoltée appartient à ses héritiers, tout ce qui reste appartient au nu propriétaire.

Les fruits *civils* s'acquièrent *jour par jour*, en proportion du temps pendant lequel a duré l'usufruit. Ex. : une maison louée à 365 francs par an. Le prix du loyer étant divisé en trois cent soixante-cinq parties, l'usufruitier acquiert autant de parties que son droit d'usufruit a duré de jours dans l'année. Si donc l'usufruitier meurt après six mois de jouissance, il aura fait la moitié de l'année, il recueillera la moitié des fruits.

Obligations de l'usufruitier.—L'usufruitier doit jouir en bon père de famille (*quasi bonus pater familias*), c'est-à-dire comme un administrateur sage et vigilant. Obligé de jouir en bon père de famille, l'usufruitier est tenu de veiller à la garde et à la conservation des biens dont il a la jouissance.

Ainsi l'usufruitier doit :

1° Dénoncer au propriétaire toute usurpation commise par un tiers sur le fonds ;

2° Exercer les servitudes qui appartiennent à l'immeuble pour ne pas les laisser se perdre par le non-usage (*non utendo*);

3° Prendre sur les fruits qu'il perçoit ce qui est néces-

saire pour l'entretien du fonds (*modica refectio*) (L. 7, § 2, D., *De usufr.*, liv. VII, tit. I).—Que décider dans l'hypothèse spéciale de l'usufruit d'un troupeau? L'usufruitier est tenu de combler avec le croît les vides que la mort fait dans le troupeau. Il n'y a de profit pour l'usufruitier que l'excédant du croît sur la mortalité (L. 68, § 2, D., *eod.*);

4° Payer les frais des procès qui ne regardent que l'usufruit;

5° Acquitter les impôts qui, selon l'usage, sont considérés comme une charge des fruits (L. 52, D., *eod.*);

6° Donner caution. Cette dernière prescription n'est pas une règle de droit civil, mais du droit prétorien (L. 13, *pr.*, D., *eod.*). Elle consiste à présenter une personne solvable qui s'oblige à payer, au cas où l'usufruitier en serait empêché, toutes les sommes ou indemnités pécuniaires dont il pourra se trouver, en cette qualité, constitué débiteur envers le propriétaire. Le testateur ne pourrait pas même dispenser le légataire de cette obligation (L. 7, C., *Ut in poss. leg.*, liv. VI, tit. LIV). Mais le nu propriétaire est libre de renoncer à la garantie que le préteur a établie en sa faveur (L. 13, *pr.*, D., *eod.*).

Modes d'extinction de l'usufruit. — L'usufruit s'éteint : — 1° par la mort de l'usufruitier; — 2° par son changement d'état, dans l'ancien droit par les trois *capitis deminutiones*, sous Justinien par la grande et la moyenne seulement (L. 16, § 2, C., *De usuf.*, liv. III, tit. XXXIII); — 3° par la perte ou la transformation de la chose; — 4° par le non-usage (*non utendo*) (1); — 5° par la consolidation ou

(1) Le seul non-usage de l'usufruitier suffisait-il, sous Justinien, pour éteindre l'usufruit, ou fallait-il de la part du nu propriétaire une *usucapio libertatis*, c'est-à-dire une *quasi*-possession de l'usufruit pendant le délai voulu? — Le seul non-usage suffisait d'après MM. Vangerow, *Pand.*, t. I, § 357, p. 786; Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. II, n° 486; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 300; Pellat, *De la propr. et de l'usufr.*, p. 95, rem. 4; Namur, *Cours d'Instit.* (2e édit.), t. I, § 182, p. 254; Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, p. 738; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 153, p. 532; Accarias, *Préc. de*

réunion sur une même tête des qualités d'usufruitier et de nu propriétaire (Instit., § 3, liv. II, tit. IV); — 6° par la cession de l'usufruit au nu propriétaire (Instit., § 3, *eod.*); —7° par l'arrivée du terme et l'accomplissement de la condition, lorsque l'usufruit est établi pour un terme ou sous une condition; — 8° par la résolution du droit du constituant en vertu de la règle générale : *Resoluto jure*, etc.

TITRE V

De l'usage et de l'habitation

De l'usage.—L'usage (*nudus usus*) est le droit de se servir d'une chose sans en percevoir les fruits (*uti potest, non frui potest*). Exemple : celui qui a l'usage d'un esclave n'a que le droit de le faire travailler à son profit personnel; mais il ne lui est pas permis de transférer ce droit à autrui. — Mais comme, relativement à certaines choses, l'usage sans aucun droit aux fruits serait en réalité insignifiant, les Prudents ont apporté quelque tempérament à la rigueur du droit primitif: ils ont accordé à l'usager un peu plus que l'usage. Ainsi, rigoureusement, l'usager d'un fonds n'aurait que le droit de s'y promener, l'usager d'un troupeau de moutons ne pourrait se servir du troupeau que pour fumer son champ, l'usager d'une maison devrait l'habiter seul, sans famille.—Dans le dernier état du droit, celui qui a l'usage d'un fonds peut y prendre des légumes, des fruits, des fleurs, du fourrage, des pailles, du bois pour son usage quotidien (*ad usum quotidianum*) (L. 12, § 2, D., *De usu et habit.*, liv. VII, tit. VIII); il peut même y demeurer, à condition de ne pas gêner les

dr. rom. (2e édit.), t. I, n° 279, page 640, note 2; comp. M. Glasson, *Extinction des charges réelles par la prescription*, Rev. prat. de dr. franç., 1872, t. II, p. 369 et suiv. — Au contraire, d'autres jurisconsultes prétendent que Justinien a exigé une *usucapio libertatis* de la part du nu propriétaire. V. notamment Gluck, *Pand.*, IV, § 644, p. 370; Pufendorf, *Observ. juris univ.*, t. III, obs. 188; Mackeldey, *Lehrbuch*, § 292, note M; Mühlenbruch, *Doctr. Pand.*, § 294, p. 283. — V. *suprà*, p. 139, note 4.

travaux de culture. Celui qui a l'usage d'un troupeau de moutons a le droit de prendre chaque jour un peu de lait (*modico lacte*) (L. 12, § 2, D., *eod.*). Enfin, celui qui a l'usage d'une maison peut l'habiter avec sa famille et y recevoir un hôte. Un texte du Digeste nous autorise même à croire qu'il fut permis à l'usager d'avoir un locataire (*et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum.* L. 2, § 1, L. 4, *pr.*, D., *eod.*) (1).

Modes de constitution et d'extinction de l'usage.—L'usage se constitue et s'éteint par les mêmes modes que l'usufruit. Il y a cependant, au point de vue de la constitution du droit, une différence entre l'usage et l'usufruit. L'usufruit peut être établi *par la loi*. Exemple : l'usufruit du père de famille sur le pécule adventice de son enfant. L'usage, au contraire, ne résulte jamais de la seule volonté du législateur (Instit., *pr.*, liv. II, tit. v).

De l'habitation. — L'habitation est une servitude personnelle qui ne se confond ni avec l'usufruit ni avec l'usage. Ce droit offre une particularité assez remarquable. Il ne constitue pas un droit unique, mais autant de droits particuliers qu'il y a d'années, de mois, de jours dans la vie du légataire (*in singulos dies*). C'est un avantage quotidien ouvert et acquis jour par jour. Par conséquent, la *minima capitis deminutio*, qui, avant Justinien, faisait perdre l'usufruit et l'usage, ne touchait pas au droit d'habitation qui renaissait, après cette *minima capitis deminutio*, au commencement du jour suivant; car un droit ne peut être perdu avant d'être acquis (L. 10, D., *De cap. minut.*, liv. IV, tit. v). De même, le *non-usage* n'entraînait pas la perte du droit d'habitation.

Étendue du droit d'habitation.—Les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur l'étendue qu'il fallait donner au

(1) Cette théorie, qui ne restreint pas le droit d'usage aux seuls besoins de l'usager, est généralement enseignée de nos jours, bien qu'elle ait été encore récemment combattue par MM. Puchta, *Institut.*, t. II, § 255, et Krans, *Droits d'usufr.*, p. 260. — V. notre Code civil, art. 630 et 633.

legs de l'*habitation*. Justinien a effacé toutes les controverses en décidant, suivant l'opinion de Marcellus, que le légataire de l'habitation aurait la faculté d'habiter avec sa famille la maison ou de la louer à des étrangers. L'habitation se rapproche alors par ses effets de l'usufruit, et s'écarte de l'usage (Instit., § 5, *eod.*; L. 13, C., *De usufr.*, liv. III, tit. XXXIII).

TITRE VI

De l'usucapion et des prescriptions de long temps

DE L'USUCAPION

Définition.—L'usucapion est un mode civil d'acquisition de la propriété par la possession prolongée pendant un certain temps fixé par la loi (*capio-usu*) (Ulpien, *Reg.*, tit. XIX, § 8).

Cas d'application de l'usucapion. — Deux cas différents :

Premier cas. — Le propriétaire d'une chose *mancipi* la livre à un tiers par une tradition faite dans l'intention de lui transférer la propriété, mais sans employer l'un des modes de transmission de la propriété quiritaire. L'*accipiens* acquiert sur cette chose la propriété du droit des gens, il a la chose *in bonis*. S'il la possède pendant un certain temps, il pourra acquérir la propriété civile qui lui manque (Gaïus, C. II, §§ 41, 42).

Deuxième cas.—Une personne reçoit une chose *mancipi* ou *nec mancipi* de quelqu'un qui n'en est pas le véritable propriétaire (*a non domino*), et elle la reçoit de telle sorte que si l'aliénateur eût été le véritable propriétaire, la propriété quiritaire eût été transférée.—Si l'*accipiens* possède pendant les délais de l'usucapion, il acquerra la propriété

de la chose, bien qu'elle ne lui ait pas été transmise par le véritable propriétaire. — Remarquons que ce second cas d'application de l'usucapion est de beaucoup plus important que le premier. On l'a admis dans un intérêt d'ordre social, qui commandait impérieusement que le législateur fixât un terme après lequel il ne fût plus permis d'inquiéter les possesseurs, de rechercher des droits trop longtemps négligés. Autrement on eût, sous prétexte d'équité, donné ouverture à une infinité de contestations; on eût rendu la propriété incertaine; tout eût été mis en question, et les droits les plus légitimes eussent été compromis (Gaïus, C. II, §§ 43, 44).

Caractères de l'usucapion. — L'usucapion est une institution du droit civil; elle ne profite qu'aux seuls citoyens romains; — elle ne s'applique qu'aux choses susceptibles de propriété quiritaire, d'où il suit qu'elle ne s'applique pas aux fonds provinciaux (Gaius, C. II, §§ 46, 48);—elle suppose la possession, par conséquent,elle est impuissante à faire acquérir des droits incorporels qui ne sont pas susceptibles de possession.

Conditions de l'usucapion.—Plusieurs conditions sont nécessaires pour usucaper : le juste titre, la bonne foi, la possession *corpore et animo*, le délai légal, l'absence de tout vice.

I. *Du juste titre.*

Le juste titre (*justa causa*) est un fait juridique, conforme au droit, qui eût transféré la propriété, s'il fût émané du véritable propriétaire de la chose (1). Ainsi, il y a juste cause de possession quand on possède *pro*

(1) Cette définition du juste titre a été donnée par M. de Savigny, *Le droit des obligations* (2e édit.), t. II, § 67, p. 300 (traduct. de MM. Gérardin et Jozon); elle est également adoptée par MM. Ortolan, t. II, n° 531; Thézard, p. 115, n° 3; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 111, p. 399; Labbé, *à son cours*. — Suivant MM. Demangeat, t. I, p. 545; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, n° 233, p. 524, posséder *ex justa causa*, c'est posséder en vertu d'un acte qui révèle chez le précédent possesseur l'intention d'aliéner, d'abdiquer la qualité de propriétaire. — Comp. M. Maynz, *Cours de dr. rom.* (3e édit.), t. I, § 196, p. 624.

emptore, pro donato, pro dote, pro legato, etc. Le juste titre doit exister réellement; une personne qui croirait à tort avoir un juste titre ne pourrait pas usucaper. Exemple : si une personne possède dans la croyance qu'elle a acheté, qu'elle a reçu en don, tandis qu'il n'y a réellement eu aucun achat, aucune donation (*error autem falsæ causæ usucapionem non parit.* Instit., § 11, liv. II, tit. VI). Cependant, cette règle souffre une exception, toutes les fois que l'erreur du possesseur est excusable et porte sur un fait qui lui est étranger. Exemples : 1° Je charge une personne de m'acheter une chose; cette personne me dit qu'elle a exécuté mes ordres, et me livre la possession de la chose. Bien qu'en réalité il n'y ait pas eu d'achat, je pourrai cependant usucaper, puisqu'il ne s'agit que d'un fait auquel je suis resté étranger (L. 11, D., *Pro emptore,* liv. XLI, tit. IV). 2° J'acquiers d'un fou ou d'un impubère par un mode translatif de propriété alors que je suis dans la plus complète ignorance de la folie ou de l'impuberté de cette personne : le titre putatif équivaut à la *justa causa* et me permet d'usucaper (L. 2, §§ 15, 16, D., *eod.*). —Ces exemples nous suffisent pour faire ressortir les caractères du titre putatif qui peut servir de base à une usucapion (1).

La preuve de la *justa causa* ou du titre putatif qui en tient lieu, incombe au possesseur qui prétend avoir usucapé.

II. *De la bonne foi.*

La bonne foi (*bona fides*) est la croyance que celui de qui on tient la chose en était le véritable propriétaire.

Il y a deux sortes d'erreur : 1° l'erreur de *fait;* 2° l'erreur de *droit.*—L'erreur de fait seule autorise l'usucapion (*facti ignorantiam prodesse constat.* L. 4, D., *De jur. et fact. ignor.,* liv., XXII, tit. VI). Exemple : je reçois une chose

1) Voy. d'ailleurs au Digeste deux autres cas : — L. 4, *Pro leget.,* liv. XLI, tit. VIII; — L. 3, *Pro hered.,* liv. XLI, tit. V.

d'un fou dont j'ignore la folie; je puis usucaper. — L'erreur de droit s'oppose à l'usucapion (*juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse*). Exemple : je reçois une chose d'un fou dont je connais l'état de folie; mais je crois qu'il est permis à un fou d'aliéner sans l'autorisation de son curateur. Je commets une erreur de droit; l'usucapion n'est pas possible (L. 2, § 15, D., *Pro empt.*, liv. XLI, tit. IV).

A quel moment doit exister la bonne foi? — La bonne foi suffit au début de l'usucapion, au moment où commence la possession (*initium possessionis intueri debemus*). La mauvaise foi survenue après coup n'empêche pas d'accomplir l'usucapion (*mala fides superveniens non nocet*). Ce principe comporte une exception : quand la chose est acquise en vertu d'un contrat de vente (*pro emptore*), la bonne foi doit exister non-seulement au moment de la tradition qui marque le point de départ de la possession, mais même au moment où le contrat de vente s'est formé (L. 2, *pr.*, D., *Pro empt.*, liv. XLI, tit. IV).

Cas exceptionnels dans lesquels on peut usucaper sans bonne foi.

Premier cas. — L'*usucapio lucrativa pro herede* a été établie à l'origine dans le but de stimuler le zèle des héritiers à accepter la succession ouverte à leur profit. De graves inconvénients résultaient, en effet, de la négligence des héritiers au double point de vue : *de la religion*, car les sacrifices privés de la famille étaient interrompus pendant tout le temps que l'hérédité restait jacente; — *des droits des créanciers*, qui ne savaient à qui s'adresser pour obtenir le payement de leurs créances. Dans ce cas, il était permis au premier venu de prendre possession des biens héréditaires (Gaïus, C. II, § 55).

Caractères de cette usucapion pro herede. — Il y avait deux particularités remarquables : 1° cette usucapion pouvait avoir lieu même en faveur d'une personne de *mauvaise foi*; 2° elle permettait d'acquérir les immeubles

de la succession par un délai plus court que celui de l'usucapion ordinaire (un an). Aussi cette usucapion était-elle appelée *lucrativa* (Gaïus, C. II, §§ 53, 54, 56).

Fin de l'usucapion pro herede. — Un sénatus-consulte rendu sous le règne d'Adrien a décidé que l'usucapion *pro herede* serait révoquée à la demande de l'héritier qui réclamerait la restitution des biens héréditaires (Gaïus, C. II, § 57).—Enfin, Marc-Aurèle punit criminellement le fait de s'emparer des choses héréditaires, avant l'adition ou la prise de possession de l'héritier, en établissant les *iudicia criminis expilatæ hereditatis* (D., *Expil. heredit.*, liv. XLVII, tit. XIX; C., *eod.*, liv. IX, tit. XXXII).

Deuxième cas. — L'*usureceptio* s'accomplissait aussi sans juste titre ni bonne foi. Prenons pour exemple l'hypothèse de la constitution d'un gage par un débiteur à son créancier. Le débiteur transférait la propriété de la chose à son créancier qui, par un *contrat de fiducie*, s'engageait à lui rendre la chose, s'il venait à être payé à l'échéance de la dette. Le créancier était donc véritable propriétaire de l'objet du gage. Cependant on a décidé que le débiteur, rentré en possession de cette chose, pourrait, sans juste titre ni bonne foi, après un an de possession, reconquérir par l'usucapion la propriété qu'il avait aliénée. Cette usucapion s'appelait *usureceptio* (Gaïus, C. II, §§ 59, 60).

Troisième cas. — L'*usureceptio ex prædiatura* avait lieu sans juste titre ni bonne foi, lorsque l'ancien propriétaire d'une chose aliénée par le Trésor public pour défaut de payement de l'impôt, rentrait en possession de cette chose. — Remarquons que cette usucapion ne s'accomplissait que par deux ans de possession (Gaïus, C. II, § 61).

Distinction entre le juste titre et la bonne foi.

Le *juste titre* et la *bonne foi* ne se confondent pas; ils forment deux conditions distinctes de l'usucapion. L'intérêt de cette question se manifeste au point de vue de

la preuve. En effet, c'est à celui qui invoque un juste titre à établir la réalité de ce titre, ou à prouver la légitimité de son erreur. Au contraire, la bonne foi est toujours présumée. C'est à l'adversaire à prouver la mauvaise foi (1).

III. *De la possession civile.*

Elle comprend deux éléments : un élément matériel (*corpus*), c'est-à-dire le fait de la détention, un élément intentionnel (*animus*), c'est-à-dire la volonté de devenir propriétaire.

IV. *Du délai légal.*

La possession doit durer *un* an, s'il s'agit d'un meuble ; *deux* ans, s'il s'agit d'un immeuble. — Elle doit, en outre, être continue, sans interruption, pendant le temps nécessaire à l'accomplissement de l'usucapion. Cependant on n'exige pas que celui qui veut se prévaloir de l'usucapion ait possédé lui-même pendant tout le temps requis. Quelquefois il *continue* une possession déjà commencée, d'autres fois il *joint* à sa possession la possession de celui qui l'a précédé.

Continuation de la possession du défunt par son héritier ou successeur à titre universel. — A la mort d'une personne, la possession qu'elle a commencée est continuée par son héritier ou successeur à titre universel. L'héritier, en effet, ne forme qu'une seule et même personne avec le défunt (*heres defuncti personam sustinet*). D'où il résulte que la bonne ou la mauvaise foi de l'héritier n'exercera aucune influence sur l'accomplissement ou l'inaccomplissement de l'usucapion. Ainsi, supposons les deux hypo-

(1) Voy., en ce sens, MM. de Savigny, *op. cit.*, t. II, § 67, p. 303 et suiv.; Pellat, *Propr. et usufr.*, p. 18, texte et note 2; Thézard, p. 116 et 117; Demangeat, t. I, p. 547 ; Maynz, t. I, § 196, p. 624, et § 199, p. 634; Accarias, t. I, n° 236, p. 530 et 531. Telle est aussi la doctrine enseignée par M. Labbé, *à son cours*. Comp. M. Ortolan, t. II, n° 533. — Cependant l'opinion contraire, d'après laquelle le juste titre et la bonne foi ne formeraient qu'une seule et même condition, a été défendue avec autorité par MM. Ducaurroy, t. I, n°s 473 et suiv.; Blondeau, *Chrestomathie*, p. 315; Namur, *Cours d'Instit.* (2e édit.), t. I, § 153, p. 209.

thèses suivantes : 1° l'héritier est de *mauvaise foi*. L'usucapion sera-t-elle empêchée ? Non, car la mauvaise foi qui survient lorsqu'une usucapion est déjà commencée n'en arrête pas le cours. 2° L'héritier est de *bonne foi*, mais le défunt au début était de mauvaise foi. L'héritier ne pourrait pas usucaper, car il ne peut avoir que la possession du défunt (D., *De divers. tempor. præscript. et de accessionibus possess.*, liv. XLIV, tit. III ; Instit., § 12, liv. II, tit. VI).

Jonction de la possession du successeur à titre particulier avec la possession du défunt. — Ainsi, un légataire ne continue pas la personne du défunt : il commence une possession nouvelle. Mais il lui a été accordé par un rescrit de Sévère et d'Antonin la faculté de joindre sa possession à celle de son auteur (*conjungi tempora*). — Ou bien le légataire est de *mauvaise foi ;* il ne pourra pas usucaper, parce qu'il commence une possession nouvelle qui exige que le possesseur soit de bonne foi. On ne prend donc en aucune considération la bonne foi du défunt. — Ou bien le légataire est de *bonne foi ;* il peut alors usucaper malgré la mauvaise foi du défunt, car il commence une possession nouvelle, et il a la bonne foi *ab initio usucapionis*. — Mais si le légataire est de bonne foi et que le défunt l'ait été, le légataire aura tout intérêt à joindre sa possession à celle du défunt pour arriver plus vite à l'usucapion. C'est ce que l'on nomme *accessio possessionum* (Instit., § 13, *eod.*).

Cause d'interruption dans la possession. — La possession pour faire acquérir l'usucapion doit être non interrompue. L'interruption de la possession (*usurpatio*), dans le droit civil, résulte uniquement de la dépossession de celui qui a commencé d'usucaper. La possession, en effet, est un état de fait (*res facti*) ; tout ce qui fait cesser cet état de fait met fin à la possession. L'action en revendication intentée par le véritable propriétaire contre le possesseur en train d'usucaper n'interrompt pas le cours de l'usuca-

pion qui peut s'accomplir *pendente lite* (L. 2, D., *De usurpat.*, liv. XLI, tit. III).

V. *De l'absence de tout vice formant obstacle à l'accomplissement de l'usucapion* (*ut in se non habeat vitium*).

Ne sont pas susceptibles d'être usucapées les choses hors du commerce. Exemple : un homme libre, une chose sacrée ou religieuse (Instit., § 1, liv. II, tit. VI), une chose publique, les biens appartenant au peuple (*ærarium*), et parmi ces biens ceux mêmes qui sont *in patrimonio populi*, les biens appartenant à l'empereur (*fiscus*), ou à l'impératrice (Instit., § 9, *eod.*); les choses volées, en vertu de la loi des *Douze Tables* et de la loi *Atinia*, l'esclave fugitif, qui s'est en quelque sorte volé à son maître, les immeubles occupés par la violence, en vertu de la loi *Plautia et Julia* (Gaïus, C. II, § 45). — *Remarquons* qu'à l'égard du voleur ou de l'usurpateur, il n'y a rien dans cette interdiction qui ne soit conforme aux principes généraux en matière d'usucapion ; car, tant que la chose volée (*res furtiva*), ou l'immeuble occupé par la violence (*vi possessa*) est entre leurs mains, l'obstacle à l'usucapion vient de leur mauvaise foi. L'exception que nous étudions n'a donc trait qu'au cas où la chose volée ou occupée par la violence est passée entre les mains d'un tiers qui l'a reçue à titre particulier et de bonne foi, par exemple entre les mains d'un acheteur. Bien qu'il soit de bonne foi, que sa possession réunisse les conditions ordinaires d'une possession conduisant à l'usucapion, la circonstance que la chose qu'il détient a été volée ou occupée par la violence constitue un vice particulier qui à lui seul fait obstacle à l'usucapion (Instit., § 3, liv. II, tit. VI) (1). — Ne sont pas susceptibles d'être usucapées les choses qui appartiennent à la femme *in tutela agnatorum* (Gaïus, C. II, § 47), à l'impubère et même au mineur de vingt-cinq ans (L. 48, *pr.*, D., *De usurpat.*, liv. XLI, tit. III).

(1) Comp. Cod. civ., art. 2279 et 2280.

Des effets de l'usucapion. — L'usucapion fait acquérir la propriété quiritaire telle qu'elle se trouvait dans le patrimoine du précédent propriétaire, c'est-à-dire grevée des mêmes droits de servitude, de gage, d'hypothèque, d'usufruit et d'usage (L. 44, § 5, D., *De usurpat. et usucap.*, liv. XLI, tit. III; L. 17, § 2, D., *De usufr.*, liv. VII, tit. I).

DES PRESCRIPTIONS DE LONG TEMPS

De la prescription de long temps (1). — La prescription ou possession de long temps est une institution du droit prétorien introduite dans le but de compléter les lacunes de l'usucapion civile.

Ressemblances entre la prescription de long temps et l'usucapion. — La *præscriptio longi temporis* ressemblait à l'usucapion en ce que son accomplissement exigeait la réunion des trois conditions suivantes :

1° La possession *continuée sans interruption* pendant un certain temps;

2° La transmission en vertu d'une *juste cause;*

3° La *bonne foi* chez le possesseur.

Différences entre la prescription de long temps et l'usucapion.

1° *Relativement aux personnes.* — L'usucapion protége les seuls citoyens romains. — La prescription est commune aux pérégrins et aux citoyens.

2° *Relativement aux biens.* — L'usucapion ne s'applique qu'aux immeubles situés en Italie. — La prescription s'étend aux fonds provinciaux.

3° *Relativement à la durée.* — L'usucapion est d'*un* an s'il s'agit de meubles, et de *deux* ans s'il s'agit d'immeubles. — La prescription est, sans distinction de meubles ou d'immeubles, de dix ans entre *présents*, c'est-à-dire entre personnes domiciliées dans la même province, et de

(1) Voy., sur l'origine et les développements de la *præscriptio longi temporis*, sur les différences qui la distinguent de l'usucapion, M. de Folleville, *De l'acquisition ou libération par l'effet du temps*, nos 6 et suiv.

vingt ans entre *absents*, c'est-à-dire entre personnes domiciliées dans des provinces différentes (L. 8, *pr.*, C., *De præscript.* XXX *vel* XL *ann.*, liv. VII, tit. XXXIX).

4° *Relativement à l'interruption.* — L'usucapion n'est pas interrompue par l'action en revendication du véritable propriétaire, en sorte qu'elle peut s'accomplir *inter moras litis* (L. 2, § 21, D., *Pro empt.*, liv. XLI, tit. IV). — La prescription, au contraire, est interrompue dès que se manifeste en justice la revendication du propriétaire, c'est-à-dire lors de la *litis contestatio* (L. 10, C., *De præscript. longi temp.*, liv. VII, tit. XXXIII).

5° *Relativement à l'étendue des effets.* — L'usucapion transfère le domaine de la chose avec les charges de gage, de servitude ou d'hypothèque dont elle était grevée entre les mains du précédent propriétaire (*salvo jure servitutis vel hypothecæ*). — La prescription, par cela seul qu'elle peut être opposée au propriétaire, éteint, de plein droit, les servitudes, hypothèques, etc. D'où l'intérêt qu'un citoyen romain peut avoir à invoquer la prescription au lieu de l'usucapion, même lorsqu'il s'agit d'un immeuble situé en Italie (1).

6° *Relativement aux moyens de défense.* — L'usucapion

(1) Telle est du moins l'opinion encore généralement admise, et que M. Accarias avait lui-même adoptée dans la 1re édition de son *Prée. de dr. rom.*, n° 245, p. 534. Toutefois, ce savant professeur, dans la nouvelle édition de son excellent ouvrage, abandonne cette doctrine (V. n° 245, p. 551 et 552), et s'arrête aux conclusions suivantes : Il y a, en réalité, deux prescriptions de long temps, indépendantes l'une de l'autre, la première, opposable au propriétaire, la seconde pouvant être invoquée contre les personnes ayant des droits réels sur la chose ; celle-ci, alors même qu'elle coïncide avec celle-là, n'en étant jamais une conséquence. Aussi pour que la *præscriptio longi temporis* fût opposable à un créancier hypothécaire ou à un titulaire d'un droit de servitude, il fallait que les conditions de temps et de bonne foi existassent spécialement à leur égard. Ainsi le possesseur savait qu'il acquérait *a non domino*, mais il ignorait que la chose fût hypothéquée ; il ne prescrira pas contre le propriétaire, parce qu'à son égard il est de mauvaise foi, mais il prescrira contre le créancier hypothécaire (L. 2, C., *Si adversus creditorem*, liv. VII, tit. XXXVI). Cette doctrine, plus conforme que l'ancienne à la logique et aux textes, a déjà obtenu l'adhésion de quelques romanistes de la Faculté de Paris (V. M. Lyon-Caen, sur Accarias, *Rev. crit. de législat.*, t. III, 1874, p. 392 et suiv.).

donne à celui qui a usucapé une action en revendication, soit contre les tiers, soit contre l'ancien propriétaire, s'il vient plus tard à être dépossédé. — La prescription n'accorde, à l'origine, qu'une exception au possesseur; mais avec les progrès du droit elle finit par lui accorder une action utile (action Publicienne), qui donne tous les avantages de la revendication (L. 8, *pr.*, C., *De præscript.* XXX *vel* XL *annor.*, liv. VII, tit. XXXIX).

De la præscriptio longissimi temporis. — Le terme *longissimi temporis præscriptio* ne se rencontre pas dans les textes comme terme technique, et n'a été adopté que par les commentateurs pour désigner la *prescription de trente ans*. Cette prescription, établie par l'empereur Théodose II, dans un intérêt encore plus marqué de sécurité sociale, paralyse par une exception, une fois ce terme expiré, toute recherche des propriétés, ainsi que l'exercice des actions dites perpétuelles, sans qu'il y ait à se préoccuper ni de l'existence d'un juste titre, ni de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur, ni de la distinction entre meubles et immeubles, ni du point de savoir si le possesseur et le propriétaire habitent ou non la même province (L. 3, C., *De præscript.* XXX *vel* XL *ann.*, liv. VII, tit. XXXIX). Ce n'est là, à son origine, qu'une prescription extinctive de l'action revendicatoire qui ne fait point acquérir la propriété au possesseur, mais ne lui fournit qu'un simple moyen de défense.

DES MODIFICATIONS DE JUSTINIEN.

Justinien opère une fusion entre l'usucapion et la prescription de long temps. A cette époque, en effet, a disparu l'ancienne distinction des choses *mancipi* et *nec mancipi*. Par conséquent, la première application de l'usucapion ne se présente plus dans les faits. Il ne reste plus que la seconde application de l'usucapion, c'est-à-dire celle re-

lative au possesseur qui reçoit une chose *a non domino, ex justa causa et bona fide*. — D'un autre côté, par l'extension du droit de cité à tous les sujets de l'Empire, toute distinction s'efface entre les citoyens et les pérégrins, entre la propriété quiritaire et la propriété bonitaire (*in bonis*), les fonds italiques et les fonds provinciaux (1). — Justinien maintient les conditions communes à l'usucapion et à la prescription, à savoir : 1° le juste titre ; 2° la bonne foi ; 3° la continuité.

Relativement au délai, il conserve le délai de dix ans ou de vingt ans fixé par le droit prétorien, pour la prescription des immeubles ; mais il fixe à trois ans le délai de l'usucapion quant aux meubles (Instit., *pr.*, liv. II, tit. VI).

Relativement aux effets, il attribue à cette prescription nouvelle la puissance de transférer la propriété et d'éteindre, en même temps et de plein droit, les servitudes et hypothèques (2). Le premier de ces effets était emprunté à l'usucapion civile ; le second, à la prescription prétorienne.

Mais faut-il dans cette organisation nouvelle de la prescription par Justinien, faire prédominer les règles de l'ancienne usucapion ou celles de la *præscriptio longi temporis?* La majorité des interprètes se prononcent pour

(1) Quatre constitutions célèbres servent à réaliser ces réformes : L. 8, C., *De præscrip. XXX vel XL ann.*, liv. VII, tit. XXXIX ; L. 1, C., *De usuc. transform.*, liv. VII, tit. XXXI ; L. 1, C., *De jur. nud. quirit. toll.*, liv. VII, tit. XXV ; L. 12, C., *De præscript. longi temp.*, liv. VII, tit. XXXIII.

(2) Suivant la théorie de M. Accarias (n° 246, p. 555, 2e édit.), que nous avons résumée et approuvée *suprà*, p. 160, note 1, la nouvelle usucapion de Justinien laisse subsister tous les droits réels qui grevaient la chose du chef des précédents propriétaires. Justinien conserve la *longi temporis præscriptio*, comme institution distincte et indépendante de l'usucapion, en tant qu'elle a pour objet de procurer l'extinction des droits de gage et d'hypothèque. Pour que cette prescription destinée, non pas à acquérir la propriété, mais à la compléter, soit possible, il faudra que le possesseur, propriétaire ou non, ait ignoré l'hypothèque au moment de son entrée en possession ; et pour qu'elle s'accomplisse par dix ans, il faudra que le créancier hypothécaire ait son domicile dans la même province que le possesseur. M. Accarias explique ainsi les Constitutions de Justinien dans lesquelles il est question de la *præscriptio longi temporis* opposée aux créanciers hypothécaires.

l'application des principes de l'ancienne usucapion (1).

Quant à la prescription extinctive de trente ans, introduite par Théodose le Jeune, elle est maintenue par Justinien lorsque la bonne foi fait défaut; mais elle est érigée en prescription *acquisitive* pour le cas où le possesseur est de bonne foi; c'est *l'usucapion extraordinaire* du droit nouveau. Le juste titre n'est pas nécessaire pour l'usucapion extraordinaire; la bonne foi suffit (L. 8, § 1, C., *De præscript.* XXX *vel* XL *ann.*, liv. VII, tit. XXXIX) (2).

Enfin, rappelons pour mémoire une prescription *de quarante ans*, œuvre de l'empereur Anastase, établie dans le but d'atteindre, d'une manière générale, tous les droits et toutes les actions qui n'étaient pas soumis à la prescription de trente ans. Cette prescription de quarante ans s'applique : — à l'action hypothécaire (LL. 3, 7, *pr.* et § 1, C., *De præscr.* XXX *vel.* XL *ann.*, liv. VII, tit. XXXIX); — aux biens patrimoniaux de l'Empereur (L. 14, C., *De fund. patrim.*, liv. XI, tit. LXI); — aux biens des églises et des établissements de bienfaisance (Nov. CXI, et CXXXI, ch. VI).

En principe, toutes choses sont susceptibles d'être usucapées extraordinairement, même celles soustraites à l'usucapion ordinaire, sauf trois exceptions : 1° relativement aux choses hors du commerce qui ne sauraient faire l'objet d'une propriété privée; 2° relativement aux immeubles dotaux de la femme mariée; 3° relativement aux biens adventices des enfants sous puissance.

(1) Voy., en ce sens, MM. de Savigny, *System.*, t. VI, p. 59; Demangeat, t. I, p. 537; de Folleville, *De l'acquisition ou libération par l'effet du temps*, n° 17; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, n° 246, p. 554 et suiv.; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 106, p. 388. Telle est aussi l'opinion enseignée par M. Labbé, *à son cours*. — *Contrà*, MM. Namur, *Cours d'Instit.* (2e édit.), t. I, § 149, p. 204; Windscheid, *Lehrb.*, t. I, § 175, note *a*; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 198 (3e édit.).

(2) *Sic*, MM. Namur, *Cours d'Instit.* (2e édit.), t I, § 157, p. 214; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 113, p. 404; Maynz, *Cours de dr. rom.* (3e édit.), t. I, § 200, p. 647; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, n° 247, p. 556; M. Labbé, *à son cours*.

TITRE VII

Des donations

Définition.— La donation peut être définie un avantage procuré *gratuitement*, dans une intention libérale, par une personne à une autre qui l'accepte (1).

Caractère de la donation. — Les Institutes nous disent que la donation est un *genre* d'acquisition (*genus adquisitionis*), et non pas un *mode d'acquisition* (*pr.*, liv. II, tit. VII).

Un *mode* d'acquisition est un ensemble de moyens, de conditions qui opèrent une translation de propriété, Exemples : la cession en justice, la mancipation.

Un *genre d'acquisition* est une *cause* légitime d'acquisition qui ne transfère pas la propriété par elle-même, mais qui est le motif déterminant de la translation qui doit en être opérée au moyen des modes ordinaires d'acquisition.

Division des donations. — Il y a deux principales espèces de donations, la donation *entre-vifs* et la donation à *cause de mort* (Instit., *pr.*, *eod.*).

I. Donation entre-vifs.

Définition. — La donation entre-vifs est celle qui n'est pas faite en vue de la mort du donateur (*sine ulla mortis cogitatione*); elle produit un effet *actuel* et *irrévocable* (Instit., § 2, *eod.*).

Actuel, en ce sens que le donateur doit *hic et nunc* transférer, non pas une espérance, mais un droit. — La donation peut être *conditionnelle* ou *à terme*. Ainsi rien n'empêche de donner un immeuble sous la condition : *Si navis ex Asia venerit;* ou bien de stipuler dans la donation que

(1) Nous croyons, avec la plupart des interprètes, à la nécessité d'une acceptation de la part du donataire. V. M. Goudsmit, *op. cit.*, § 68, p. 188, note 1. — *Contrà*, M. Savigny, *Syst.*, t. IV, § 160.

l'immeuble ne sera livré qu'*après un certain délai* : Exemple, dix ans. Dans ces deux hypothèses, le donataire acquiert *hic et nunc* un certain droit qui, quoique imparfait, compte actuellement dans son patrimoine, droit indépendant de la volonté du testateur, droit qu'il peut défendre par des actes conservatoires, vendre à des tiers, transmettre à ses héritiers (C., *De donat. quæ sub mod.*, liv. VIII, tit. LV).

Irrévocable, en ce sens qu'il n'est pas permis au donateur d'y insérer des clauses par lesquelles il se réserverait un moyen, direct ou indirect, de retirer la libéralité dont il gratifie le donataire (Instit., § 2, *eod.*).

Formation de la donation. — *Dans le droit classique romain* la *convention de donner* n'étant pas obligatoire, elle n'était pas munie d'une action, tant que l'on ne s'était pas servi d'un des moyens ordinaires de transférer la propriété. — *Sous Antonin le Pieux*, une première exception a été apportée à ce principe. Il a été décidé qu'entre *ascendants* et *descendants* une simple convention de donner faite avec une intention libérale serait obligatoire et munie d'une action (*Frag. Vatic.*, § 314). Cette disposition a été confirmée par Constantin (L. 4, C. Théod., *De donat.*, liv. VIII, tit. XII). — Justinien est allé plus loin; il a établi qu'*entre toutes personnes* une convention de donner serait complétement obligatoire et ferait naître une *action en justice* (*condictio ex lege*). Cette convention se nommait *pacte légitime* (Instit., § 2, *eod.*) (1).

Restrictions apportées à la liberté des donations. — Il y en a deux, l'une provenant de la loi *Cincia*, l'autre de la formalité de l'insinuation :

1° La loi *Cincia*, dans une première disposition, défendait aux avocats de recevoir des honoraires pour les causes qu'ils plaidaient (*pecuniam donumve accipiat*). (Tacite, *Annal.*, XI, § 5.)

(1) Voy., en ce qui touche les pactes, *infrà*, liv. III, tit. XXVI, appendice I.

Dans une seconde disposition, elle fixait un taux (*certum modum*) que les donations ne devaient point dépasser (200 solides peut-être). Certaines personnes (*exceptæ personæ*) étaient exemptées de ces limitations : ainsi les proches parents, les personnes *in potestate*, *in mancipio*, *in manu*, etc. (*Frag. Vatic.*, §§ 298 à 312). La loi *Cincia* était considérée par les jurisconsultes comme une loi *imparfaite*, parce qu'elle ne donnait pas au donateur qui avait fait une libéralité *supra legitimum modum*, le droit de réclamer par voie d'action ce qu'il avait pu remettre au donataire ; il pouvait seulement, tant que la donation n'avait pas été exécutée, repousser au moyen d'une exception l'action du donataire ; cette exception était qualifiée de *quasi-populaire*, parce qu'elle pouvait être invoquée par toute personne intéressée (*Frag. Vatic.*, § 266). Au surplus, cette exception *legis Cinciæ* perdait toute efficacité, lorsque le donateur mourait sans avoir protesté contre la donation (*morte donatoris Cincia removetur. Frag. Vatic.*, § 259).

Au Bas-Empire, la loi *Cincia* est tombée en désuétude (Nov. CLXII, ch. I, *pr.*).

2° L'*insinuation*, inspirée par la même idée de restriction contre les donations entre-vifs, a été introduite sous Constantin (*Frag. Vatic.*, § 249). Elle remplissait deux buts : d'abord, elle diminuait le nombre des donations *honteuses* en leur imposant une publicité forcée ; ensuite, elle portait la donation à la connaissance des tiers, et en facilitait la preuve. — Cette formalité consistait dans la rédaction d'un écrit qui était déposé entre les mains du magistrat chargé de la conservation des actes publics. — A l'origine, l'insinuation était prescrite pour les donations excédant 200 solides ; Justinien a reculé la limite à 500 solides (Instit., § 2, liv. II, tit. VII).

Différences entre l'insinuation et la loi Cincia. — 1° L'*insinuation* était principalement dirigée contre les proches parents ; au contraire, les limitations de la loi

Cincia n'atteignaient pas les donations entre parents. — 2° Le défaut d'*insinuation* entraînait une nullité absolue de la donation pour tout ce qui excédait le taux légal de 500 solides. D'où il résultait que le donateur pouvait réclamer par *voie d'action* ce qu'il avait remis au donataire (L. 2, C. Théod., liv. VIII, tit. XII). Au contraire, la loi *Cincia* ne donnait au donateur qu'une *exception*, sans utilité lorsque la donation avait été exécutée.—3° L'*insinuation* répondait à un besoin de publicité, étranger à la loi *Cincia*.

Donations dispensées de l'insinuation.—Certaines donations, telles que celles faites pour le rachat des captifs, la reconstruction des édifices incendiés, étaient dispensées de la formalité de l'insinuation, et étaient entièrement valables par elles-mêmes (*in se plenissimam habent firmatatem*. Instit., § 2, *eod.*).

Révocation des donations entre-vifs.—Il y a trois causes de révocation des donations entre-vifs : l'inexécution des conditions, l'ingratitude, la survenance d'enfants.

1° *Révocation pour cause d'inexécution des conditions.*— Lorsque le donataire n'exécute pas les charges de la donation, le donateur peut, à son choix, prendre l'un ou l'autre de ces deux partis : — Demander la révocation de la donation, et reprendre la chose donnée si elle existe encore, ou se faire payer sa valeur, si elle a péri par la faute du donataire;—maintenir la donation et poursuivre par l'action *præscriptis verbis* l'exécution des charges.

2° *Révocation pour cause d'ingratitude.* — A l'origine cette cause de révocation ne s'appliquait que dans les rapports de patron à affranchis (*Frag. Vatic.*, § 272). Étendue successivement par Constantin aux donations faites par des ascendants à leurs descendants, elle régit sous Justinien les donations *entre toutes personnes* indifféremment (L. 10, C., *De revocat. dona.*, liv. VIII, tit. LVI).

Des faits qui constituent l'ingratitude. — Ces faits sont déterminés *limitativement* (*certis ex causis*) dans une con-

stitution de Justinien. Ce sont les injures graves, les violences contre la personne du donateur, le préjudice considérable contre ses biens, l'attentat contre sa vie (Instit., § 2, *eod.*).

Différences entre la révocation pour cause d'inexécution des charges et pour cause d'ingratitude. — 1° Par la révocation pour inexécution des charges, la donation est anéantie dans le passé, elle est considérée comme n'ayant jamais existé. Aussi est-elle opposable aux tiers qui ont traité avec le donataire, comme au donataire lui-même. Au contraire, par la révocation pour ingratitude, la donation n'est pas anéantie dans le passé. Le donataire a été réellement propriétaire des biens donnés jusqu'au moment de la révocation, il ne cesse de l'être que pour l'avenir. Donc les droits constitués par le donataire restent valables dans les mains des tiers qui les ont acquis. — 2° L'action révocatoire pour inexécution des charges appartient aux héritiers du donateur, comme au donateur lui-même; d'un autre côté, elle peut être exercée contre les héritiers du donataire aussi bien que contre le donataire (1). Au contraire, l'action révocatoire pour ingratitude est une action personnelle au donateur; elle ne passe aux héritiers du donateur que lorsque ce dernier est mort après avoir manifesté par un commencement de poursuite son intention d'agir contre le donataire. D'un autre côté, elle ne peut être exercée que contre le donataire lui-même, et non contre ses héritiers (L. 7, C., *De revoc. donat.*, liv. VIII, tit. LVI).

3° *Révocation pour cause de survenance d'enfants.* — Cette cause de révocation est toute spéciale aux rapports de patron et d'affranchis, et sans application dans les autres cas (L. 8, C., *eod.*) (2).

(1) *Sic*, MM. de Savigny, *System.*, t. IV, p. 234; Goudsmit, *Cours des pand.*, traduit du néerlandais par M. Vuylsteke, § 71, p. 196, note 2 *in fine*.

(2) Ce point, qui n'est plus contesté aujourd'hui, était autrefois controversé. V. M. Van Wetter, t. II, § 249, p. 64, note 14.

II. Donation a cause de mort.

Définition. — La donation à cause de mort est une libéralité faite par une personne, en vue de la mort (que cette personne soit ou non sur le point de courir un danger déterminé), ordinairement révocable au gré du donateur et nécessairement caduque par le prédécès du donataire. C'est la condition du prédécès du donateur qui constitue le caractère principal et essentiel de cette libéralité. On ne pourrait pas établir que la donation resterait valable malgré la survie du donateur; en pareil cas, la donation à cause de mort serait nulle comme telle, mais vaudrait comme donation entre-vifs (1).

Différentes modalités dont est susceptible la donation à cause de mort. — La donation à cause de mort peut être faite : 1° en prévoyance de la mort du donateur, de quelque manière et à quelque époque qu'elle arrive; 2° en vue d'une circonstance déterminée à l'avance, d'un péril particulier; 3° sous condition suspensive; 4° sous condition résolutoire.

Ressemblances entre la donation à cause de mort et le legs.—Les Institutes nous disent que la donation à cause de mort offre *presque* en tous points de grandes analogies avec le legs (*constitutum est ut per omnia fere legatis connumeretur*). Ainsi : — 1° Les dispositions de la loi *Furia testamentaria* et celles de la loi *Voconia* s'appliquaient aussi bien aux donations à cause de mort qu'aux legs

(1) La donation à cause de mort diffère encore de la donation entre-vifs sous d'autres rapports ; ainsi : Sous Justinien, la donation à cause de mort n'est pas assujettie à la formalité de l'insinuation requise pour les donations entre-vifs au delà de cinq cents solides ; elle doit seulement être faite en présence de cinq témoins (L. 4, C., *De mort. caus. donat.*, liv. VIII, tit. LVII) ; — Dans le droit classique, la donation à cause de mort ne tombe pas sous l'application de la loi *Cincia*. Toutefois ces deux premiers points ont donné lieu à de grandes controverses parmi les interprètes modernes du droit romain (V. MM. Maynz, t. III, § 532, p. 680, texte et note 14; Accarias, t. I, n° 307, p. 722, texte et note 4); —Enfin la donation à cause de mort n'est pas prohibée entre époux (L. 9, § 2, D., *De donat. inter vir. et ux.*, liv. XXIV, tit. I).

(Gaïus, C. II, §§ 225, 226). — 2° La loi Falcidie, qui à l'origine ne concernait que les legs, a été étendue aux donations à cause de mort par une constitution de Septime Sévère (L. 2, C., *De mort. causa donat.*, liv. VIII, tit. LVII) (1). — 3° On exigeait des donataires à cause de mort la *factio testamenti*, et un sénatus-consulte, dont on ignore la date, alla encore plus loin et étendit les dispositions des lois *Julia* et *Papia Poppæa* sur le *jus capiendi* aux donations à cause de mort (LL. 9, 35, 37, D., *De mort. c. donat.*, liv. XXXIX, tit. VI). — 4° Justinien (L. 1, C., *De cad. toll.*, liv. VI, tit. LI) déclare applicables désormais aux donations à cause de mort les principes des legs sur l'accroissement. — 5° Les donations à cause de mort, aussi bien que les legs, ne peuvent être exécutées que s'il reste des biens dans la succession du défunt après le paiement intégral des dettes (L. 73, §§ 5, 17, D., *Ad leg. Falc.*, liv. XXXV, tit. II). — 6° Le donataire à cause de mort peut être grevé de fidéicommis comme le légataire (L. 77, § 1, D., *De leg.*, liv. II, tit. XIX). — 7° L'obligation de fournir caution à l'héritier incombe aussi bien au donataire à cause de mort qu'au légataire d'un usufruit (L. 1, § 2, D., *Quemadmod. usuf. cav.*, liv. VII, tit. IX).—8° Les règles de la caution Mucienne, d'abord particulières aux legs, s'appliquent depuis Justinien aux donations à cause de mort (Nov. XXII, ch. XLIV).—9° Le *filius familias* peut faire, depuis Justinien, des donations à cause de mort aussi bien que des legs sur son pécule *castrense*, et sur son pécule *quasi castrense* (L. 15, D., *De mort. causa donat.*, liv. XXXIX, tit. VI).—10° Les donations à cause de mort sont, comme les legs, permises entre époux (L. 5, § 16, D., *De donat. inter vir. et ux.*, liv. XXIV, tit. I). — 11° Les donations à cause de mort tombent par les mêmes causes que les legs. — 12° Enfin, la donation à cause de

(1) Voy., sur l'application de la quarte Falcidie aux donations à cause de mort, et sur l'explication de la Const. 2, C., *De mort. causa donat.*, M. Glasson, *Rev. crit. de législ.*, t. XXXVI, p. 61 et suiv.

mort et le legs, nuls comme tels, valent comme fidéicommis (L. 18, § 2, L. 28, D., *De mort. c. donat.*, liv. XXXIX, tit. VI).

Différences entre la donation à cause de mort et le legs. —1° La donation à cause de mort constitue toujours un acte bilatéral et exige nécessairement le concours de deux volontés, celle du donateur et celle du donataire (1). Le legs, au contraire, est l'œuvre de la seule volonté du testateur.—2° Même sous Justinien, la donation à cause de mort ne transfère pas la propriété, s'il n'intervient pas une tradition (2). Le legs, au contraire, est classé parmi les modes d'acquérir la propriété. Par lui-même il transfère le *dominium*, dans l'ancien droit, s'il est fait *per vindicationem*; sous Justinien, toutes les fois que cette translation est possible. — 3° La donation à cause de mort ne dépend pas du testament; elle n'en fait pas partie intégrante; elle reste valable, quel que soit le sort du testament, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas d'héritier. Le legs subit les mêmes défaillances que le testament auquel il est étroitement lié; il ne produit aucun effet lorsque le testateur ne laisse pas d'héritier. — 4° Dans le droit classique, il ne pouvait y avoir de legs sans testament, tandis que la donation à cause de mort était valable, même quand le donateur décédait *intestat* (L. 25, *pr.*, D., *De mort. causa donat.*, liv. XXXIX, tit. VI). Mais sous Justinien cette différence n'existe plus par suite de l'assimilation des legs aux fidéicommis, puisque de tout temps il avait été admis que l'héritier *ab intestat* pouvait être grevé de fidéicommis (Gaïus, C. II, § 270). — 5° Celui qui in-

(1) Voy., en ce sens, MM. Lauterbach, *Collegium theorico-practicum*, h. t., n° 6; Ortolan, *Expl. hist. des Instit.*, t. II, n° 560; Namur, *Cours d'Instit.* (2e édit.), t. II, § 465, p. 264; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, § 374, p. 422; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 532, p. 683. — *Contrà*, M. Glasson, *Rev. crit. de législ.*, t. XXXIV, p. 53.

(2) *Sic*, M. Glasson, *op. cit.*, p. 256; Accarias (2e édit.), t. I, n° 308, p. 725, texte et note 2. — *Contrà*, MM. Ortolan, *op. cit.*, n° 563; Van Wetter, *loc. cit.*, p. 423; Maynz, *loc. cit.*, p. 684.

tente la *querela inofficiosi testamenti* perd le bénéfice du legs fait en sa faveur; mais il conserve la donation à cause de mort dans son intégrité (L. 5, § 17, D., *De his quæ ut indign.*, liv. XXXIV, tit. IX). — 6° La donation à cause de mort de rentes annuelles ne forme qu'une seule libéralité, tandis qu'un legs de rentes annuelles se décompose en autant de legs distincts qu'il y a d'années (L. 35, § 7, D., *De mort. causa donat.*, liv. XXXIX, tit. VI). — 7° Le *filius familias* peut, avec le consentement de son *pater familias*, faire une donation à cause de mort, mais non un legs, sur les biens de son pécule profectice. Pas de différence pour les autres pécules (L. 25, D., *eod.*).—8° Le donateur à cause de mort peut renoncer au droit de révoquer sa libéralité; car si ce droit est de la *nature*, il n'est pas de l'*essence* de la donation à cause de mort (1). Au contraire, la renonciation que ferait un testateur au droit de révoquer un legs contenu dans un testament n'aurait aucun effet.

III. Donation entre époux.

Prohibition des donations entre époux (2). — *Sous la République*, les donations entre époux étaient interdites. Remarquons qu'il ne pouvait être question que des

(1) C'est là une question vivement controversée. Voy., conf. à notre opinion, Cujas, sur le tit. LVI, liv. VIII du Code; Donneau, *Comm. juris civilis*, liv. XIV, cap. XXXIII, n° 9; Ant. Faber, dec. 45, err. 1. — Voy. aussi MM. Glasson, *Rev. crit. de législ.*, t. XXXV, p. 452; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 330; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. II, § 374, p. 424; Namur, *Cours d'Instit.* (2e édit.), § 464, p. 263; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 532, p. 682. Telle est encore la doctrine enseignée par MM. Demangeat et Labbé, *à leurs cours*. — *Contrà* Noël, *ad Pand.*, 36, 6, 1; Mackeldey, *Lehrbuch*, § 544; Schweppe, § 843. Suivant ces romanistes, le droit de révocation serait de l'essence de la donation à cause de mort, et dans le cas où ce droit aurait été écarté par une clause formelle, on se trouverait en présence non d'une donation à cause de mort véritable, mais d'une donation entre-vifs soumise à une condition spéciale. Voy., en ce sens, MM. Pellat, *Text. choisis des Pand.*, *Donat. à cause de mort*, p. 455; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, n° 307, p. 724, texte et note 1.

(2) Voy., sur cette matière, MM. Pellat, *Textes sur la dot*; Machelard, *Textes de dr. rom.*, 3e part., *sur les donations entre époux*, p. 494 et suiv.

mariages légitimes dans lesquels le mari n'avait pas la *manus* sur la femme. La femme *in manu* n'ayant rien à elle, une donation de sa part au mari ne pouvait s'imaginer; elle était tout aussi impraticable pour le mari vis-à-vis de la femme qu'il avait *in manu*, puisque de la sorte il se serait donné à lui-même.

Sanction de cette prohibition. — Elle consistait en une nullité radicale et absolue (*ipso jure nihil valet quod actum est*. L. 3, § 10, D., *De donat. int. vir. et ux.*, liv. XXIV, tit. I).

Des exceptions à cette prohibition. — Certaines donations restaient en dehors de la règle, et produisaient tout leur effet, même entre époux. Exemple : les donations de revenus. Un époux pouvait donner à son conjoint le revenu de ses biens. Les donations *exilii causa* (L. 43, D., *eod.*), *divortii causa* (L. 11, § 11, D., *eod.*) participaient de la même faveur. De même pour les donations *mortis causa* (L. 10, D., *eod.*) (1).

Sous l'Empire, des principes nouveaux s'introduisirent. Un sénatus-consulte (2) décida que toute donation entre époux serait confirmée si le donateur mourait, avant le donataire, sans avoir révoqué la libéralité (*Fas esse, eum quidem qui donavit pœnitere; heredem verò eripere, forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse*. L. 32, *pr.*, et § 2, D., *eod.*). — Et il n'y avait pas à distinguer entre les donations qui s'opéraient, d'une part, par tradition ou par aliénation de

(1) *Sic*, MM. Machelard, *Text. sur les donat. entre époux*, 3e part., § 1, p. 204 et 205; Maynz, *Cours de dr. rom.* (3e édit.), t. III, § 401, p. 55, texte et note 15. — Toutefois cette proposition a été critiquée dans sa généralité par des romanistes allemands. Voy., notamment, M. de Savigny, *Tr. de dr. rom.*, traduct. Guenoux, t. IV, § 165, note C, p. 200.

(2) Ce sénatus-consulte est attribué par les textes tantôt à Septime Sévère, tantôt à son fils Caracalla, tantôt à tous deux. Aussi a-t-on pu prétendre qu'il y avait deux sénatus-consultes sur le même objet. Cette dualité ne nous semble pas admissible. Il n'a été rendu qu'un seul sénatus-consulte vers l'an 206 de J.-C. (an 959, R. f.), sous le règne de Septime-Sévère, mais alors que Caracalla, son fils, était déjà associé à l'empire. *Sic*, MM. de Savigny, *System*, t. IV, § 164, p. 183 et suiv; Boissonade, *Hist des dr. de l'époux survivant*, p. 90.

choses et celles qui avaient lieu, d'autre part, par promesse (ou obligation) et par remise de dette. Toute donation entre époux participait au bénéfice du sénatusconsulte (1).

IV. De la dot.

Définition. — La dot est l'ensemble des biens donnés au mari soit par la femme elle-même, soit par ses parents, soit par toute personne étrangère, pour supporter les charges du mariage (*ad ferenda matrimonii onera*) (2). — Remarquons que la dot suppose un mariage sans *manus* (3).

Modes de constitution.—La dot se constitue : — 1° Par des modes employés en droit commun pour la translation de la propriété ;—2° par un mode spécial, la *dictio dotis*. La *dictio dotis* ne pouvait être employée que dans certaines hypothèses spéciales, et par des personnes déterminées. Ce mode a disparu de la législation sous Théodose II et Valentinien III (L. 6, C., *De dot. promiss. et nud. pollicit.*, liv. V, tit. XI) (4).

La dot peut être constituée soit avant le mariage, soit pendant le mariage (*aut antecedit aut sequitur matrimonium dos*).

Lorsque la constitution de dot *antecedit matrimonium*, elle est toujours réputée faite sous condition du mariage (*nuptiarum expectat adventum*. Paul, *Sent.*, liv. II, tit. XXI b, § 1).

(1) La question est toutefois vivement controversée. Voy., dans le sens de notre opinion, MM. de Savigny, *loc. cit.*; Keller, *Pand.*, § 405, *g*; Van Wetter, t. II, § 292, p. 469; Boissonade, *ubi suprà*, p. 92 et suiv. — *Contrà*, Thibaut, *System.*, t. I, § 328, n. 1; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 225, anm. 2; Namur, *Cours d'Instit.* (2e édit.), t. II, § 486, p. 288; Mayne, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 404, p. 56, note 23.

(2) Consult., sur cette matière, MM. Pellat, *Textes sur la dot;* Demangeat, *De la condition du fonds dotal;* Gide, *Caractère de la dot;* Boissonade, *Hist. des dr. de l'époux surviv.*, p. 38 et suiv.

(3) Voy., toutefois, M. Gide, *op. cit.*, p. 23 et suiv.

(4) Voy., pour plus de détails, sur la *dictio dotis*, ci-dessous, liv. III, tit. XV, p. 383.

Différences entre la constitution de dot et la donation. — 1° A l'époque où la donation entre époux était frappée d'interdiction, la constitution de dot était permise même durant le mariage. — 2° Plus tard, dans le dernier état du droit, si la donation entre époux est tolérée, c'est sous la condition de l'accomplissement des formalités de l'*insinuation*. La constitution de dot, au contraire, est dispensée de cette publicité.

Influence de la dissolution du mariage sur la dot. — La dot est la propriété du mari. Cependant elle doit être restituée à la femme toutes les fois qu'elle survit au mariage. Ainsi, le mariage est-il dissous par le divorce ou par le prédécès du mari, la femme rentre dans ses biens dotaux qui lui servent à contracter une nouvelle union. Mais que décider, au cas où le mariage est dissous *par la mort de la femme?* Il faut distinguer deux époques : — *Avant Justinien*, le mari garde la dot (*lucro mariti cedit dos*), sauf deux exceptions : 1° Si la dot a été constituée par le père de famille ou par l'ascendant paternel de la femme, elle doit être, au cas de mort de la femme durant le mariage, restituée au constituant (*ne filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret*). Cette dot provenant du père ou de l'aïeul paternel s'appelle dot *profectice* (*profectitia*), par opposition à la dot *adventice* (*adventitia*), qui est constituée par toute personne autre que le père ou l'aïeul paternel, par exemple, par la femme elle-même de ses propres biens ou par un tiers quelconque (Ulpien, *Reg.*, tit. VI, § 3). 2° Si la dot adventice a été, lors de sa constitution, l'objet d'une convention spéciale aux termes de laquelle le mari s'est engagé à la restituer à la dissolution du mariage, le mari ne gardera pas la dot dont la restitution doit être faite aux héritiers de la femme. Dans ce cas, la dot se nomme plus spécialement dot *receptice* (*receptitia*) (Ulpien, *Reg.*, § 5, *eod.*). — *Sous Justinien*, le mari ne gagne plus la dot. De quelque manière que cesse le mariage, la dot est restituée soit à la femme

en cas de survivance, soit à ses héritiers (L. 1, §§ 6, 13, C., liv. V, tit. XIII) (1).

V. Donation a cause de noces.

Définition. — La donation à cause de noces (*propter nuptias* ou *ante nuptias*) est celle qui est faite à la femme, soit par son futur mari, soit par un tiers dans l'intérêt du mariage.

Cette donation ne s'est introduite dans l'usage que sous les empereurs chrétiens (2) par similitude, et comme par compensation de la dot (Instit., § 3, liv. II, tit. VII).

Ressemblances entre la donation à cause de noces et la dot. — 1° La donation à cause de noces est destinée, comme la dot, à subvenir aux charges du mariage. — 2° Si le mari *vergit ad inopiam*, la femme qui obtient la restitution de sa dot est mise en possession des biens qui composent la donation *propter nuptias*. — 3° De même que la femme qui a donné lieu au divorce perd sa dot, de même le mari perd, en pareil cas, la donation *propter nuptias* (L. 8, §§ 4, 7, C., *De repud. et judic. de morib. subl.*, liv. V, tit. XVII). — 4° A la dissolution du mariage, la dot, sous Justinien, est restituée à la femme ou à ses héritiers : aussi la donation *propter nuptias* doit, après la dissolution du mariage, revenir au mari ou à ses héritiers. — 5° Lorsqu'un gain de survie est accordé au mari sur la dot, un autre gain de même valeur est fait à la femme par le mari sur le montant de la donation *propter nuptias*. — 6° De même que la dot peut se constituer ou être augmentée pendant le mariage, de même, à partir de Justinien, la donation *propter nuptias* a pu être constituée et augmentée *post nuptias celebratas* (Instit., § 3, *eod.*).

(1) Ces développements doivent être complétés par ceux relatifs à l'aliénation des immeubles dotaux, *infrà*, tit. VIII, p. 175 et 176, et à l'action en restitution de la dot, *infrà*, liv. IV, tit. VI.

(2) Déjà, à l'époque classique, on rencontre une libéralité précédant le mariage ou entre fiancés (*sponsalitia donatio*) qui offre quelque analogie avec la donation à cause de noces des empereurs chrétiens. V. M. Boissonade, *Hist. des dr. de l'époux survivant*, p. 50 et suiv.

TITRE VIII

Quelles personnes peuvent aliéner ? Quelles personnes ne le peuvent pas ?

En principe, celui-là seul peut aliéner qui est propriétaire. Cette règle reçoit deux exceptions. Tantôt celui qui est propriétaire ne peut pas aliéner, tantôt celui qui n'est pas propriétaire peut aliéner (Instit., *pr.*, liv. II, tit. VIII).

I. De ceux qui sont propriétaires et qui n'ont pas le droit d'aliéner la chose qui leur appartient.

Du mari. — Le mari est le propriétaire des immeubles *dotaux* (1) de la femme, et cependant, d'après la loi *Julia*, rendue sous Auguste, il ne peut aliéner *prædia dotalia* sans le consentement de celle-ci (*invita uxore*). Toute aliénation consentie par le mari au mépris de cette loi est nulle. La femme conserve le droit de revendiquer contre l'acquéreur (2). La défense d'aliéner embrasse la défense de grever l'immeuble d'une servitude.—*Remarquons* toutefois que si les immeubles dotaux ont été estimés lors de leur apport, le mari peut les aliéner sans le consentement de sa femme à moins de stipulation contraire.

Les Institutes (*pr.*, *eod.*) nous disent que la loi *Julia* défendait au mari d'*hypothéquer* les immeubles dotaux *même avec le consentement* de la femme (*etiam volente*). On crut devoir prohiber l'hypothèque plus rigoureusement que l'aliénation dont la conséquence est la perte actuelle et irrévocable de la propriété. L'hypothèque, au contraire, ne dépouille pas le propriétaire qui la consent, elle ne produit son effet que dans l'avenir, et pour le cas seulement où la somme due ne sera pas payée; la femme n'eût

(1) Voy., touchant les développements relatifs à la dot, *suprà*, tit. VII, p. 173 et suiv.
(2) Comp. M Gide, *Du caractère de la dot*, p. 47 et suiv.

donc pas osé refuser à son mari un moyen de crédit dont elle semble peu souffrir; il fallait en conséquence la protéger contre sa propre faiblesse (1).

La prohibition de la loi *Julia* ne s'appliquait qu'aux immeubles situés en Italie, et non aux fonds provinciaux (Instit., *pr.*, *eod.*).

Justinien modifie le système de la loi *Julia* en deux points :

1° Il abolit la différence entre l'aliénation et l'hypothèque, et décide que le mari ne pourrait ni aliéner ni hypothéquer le fonds dotal, même avec le consentement de sa femme (*neque consentientibus mulieribus*).

2° Il applique les règles de la loi *Julia* aux fonds provinciaux comme aux fonds italiques (Instit., *pr. eod.*) (2).

Du pupille. — Le pupille, tout en étant propriétaire, ne peut pas aliéner. Les Institutes nous donnent de cette règle les trois applications suivantes :

Première application. — Le pupille ne peut pas sans l'autorisation de son tuteur faire un prêt, donner en *mutuum*. En effet, il ne peut exister un *mutuum* que là où s'est opérée une translation de propriété. Or le pupille ne peut pas sans l'*auctoritas tutoris* rendre sa condition pire; et c'est rendre sa condition pire que d'aliéner. D'où il suit que le pupille n'a pas pu transférer la propriété des écus à l'emprunteur (*non contrahit obligationem*). Le *mutuum* ne s'est point formé, faute d'aliénation. Le pupille n'a pas perdu la propriété des écus, il peut par conséquent agir en revendication contre l'emprunteur, mais à

(1) Suivant M. Demangeat, l'assertion des Institutes serait inexacte, et la défense d'hypothéquer le fonds dotal même avec le consentement de la femme ne résulterait pas de la loi Julia, et n'aurait été établie que postérieurement. *De la condition du fonds dotal en droit romain*, p. 210 et suiv.; *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 574. — Comp. M. Accarias, t. I, n° 314, p. 740 et suiv.

(2) Déjà du temps de Gaïus (C. II, § 63), il y avait doute sur le point de savoir si cette prohibition ne devait pas s'appliquer aux fonds provinciaux. Demangeat, *De la condit. du fonds dot.*, p. 210 et 211.

une condition : c'est que les écus conservent encore leur individualité distincte (*vindicari possunt sicubi extent.* Instit., § 2, *eod.*).

Si les écus ont été employés par l'emprunteur, et qu'il soit devenu impossible de les reconnaître individuellement, il n'y aura plus lieu à l'action en revendication; mais le pupille aura, suivant les circonstances, deux autres actions contre l'emprunteur.

1° Si les écus ont été employés *de bonne foi* par l'emprunteur, le pupille agira par la *condictio certi*, c'est-à-dire par une action personnelle à l'effet d'obtenir de l'emprunteur le remboursement d'une somme égale à la valeur des écus qu'il lui a livrés.

2° Si les écus ont été dépensés *de mauvaise foi* par l'emprunteur, le pupille aura l'action *ad exhibendum*, à l'effet de contraindre l'emprunteur à représenter les écus qui lui ont été livrés. L'action *ad exhibendum* avait un effet plus grave que la *condictio certi*, car elle accordait généralement au pupille des dommages-intérêts pour le tort qu'il a souffert de la privation momentanée de ses écus (Instit., § 2, *eod.*).

Deuxième application. — Le pupille est créancier, et il reçoit un payement de son débiteur (*si pupillo debitor solvat.*) Le pupille n'a pas besoin, pour acquérir, de l'autorisation de son tuteur, il deviendra donc propriétaire des écus. Mais cette appropriation aura-t-elle pour conséquence de libérer le débiteur de sa dette? Non, car le pupille ne peut rien aliéner *sine auctoritate tutoris*, il est donc toujours créancier. Mais le pupille pourra-t-il, dans tous les cas, exiger du débiteur un second payement? Il faut distinguer :

1° Le débiteur ne sera pas contraint de payer une seconde fois, si le pupille a profité du premier payement. Exemple : le pupille a employé la somme que lui a comptée son débiteur à désintéresser un de ces créanciers, ou à acquérir un immeuble. Dans ce cas, le débiteur pourra

opposer au pupille une *exception de dol*, jusqu'à concurrence de ce dont il aura profité.

2° Le débiteur sera contraint de payer une seconde fois si le pupille n'a pas profité du payement irrégulier. Exemple : le pupille a dépensé en de folles prodigalités la somme que lui a comptée son débiteur (Gaïus, C. II, §§ 83, 84).

Il est bon de remarquer que le débiteur d'un pupille qui a payé au pupille *même autorisé de son tuteur* n'obtient pas une sécurité complète. En effet, si le tuteur devient plus tard insolvable, le préteur, par une *restitutio in integrum*, peut faire revivre au profit du pupille l'ancienne créance. Le débiteur sera donc forcé de payer une seconde fois. — Justinien a innové sur ce point : il décide que le débiteur aura une complète sécurité (*plenissima securitas*), lorsqu'il aura payé au pupille assisté de son tuteur avec l'autorisation préalable du magistrat. Le payement fait sous de telles conditions libère irrévocablement le débiteur (Instit., § 2, *eod.*).

Troisième application. — Le pupille est débiteur, il ne peut pas faire à son créancier un payement valable, puisqu'il ne peut pas aliéner (*sine tutore auctore solvere non potest*). Il y a lieu d'appliquer ici les mêmes règles que nous venons d'étudier relativement aux choses que le pupille a livrées en *mutuum*.

Du mineur de vingt-cinq ans, du prodigue, du fou. — Le mineur de vingt-cinq ans pourvu d'un curateur, le prodigue et le fou, bien que propriétaires, ne peuvent cependant pas aliéner.

II. De ceux qui ne sont pas propriétaires et qui ont le droit d'aliéner la chose qui ne leur appartient pas.

Du créancier nanti d'un gage. — Le gage est l'objet remis par un débiteur à son créancier pour la garantie de sa créance à charge de restitution lors du payement. Cette matière a subi dans la législation romaine plusieurs modifications.

1° Dans le *droit classique*, le créancier, par l'effet d'une mancipation ou d'une tradition, était rendu plein propriétaire de la chose qui lui était remise en gage. Seulement, le créancier s'engageait par un contrat de fiducie à restituer la propriété au débiteur lors du payement. Il n'y avait pas alors d'exception à notre règle, car le créancier gagiste puisait dans son droit de propriété le pouvoir d'aliéner (Gaïus, C. II, §§ 59, 60).

2° Plus tard, le créancier ne devient plus propriétaire de la chose donnée en gage; il la détient pour le débiteur, qui en conserve toujours la propriété. Mais les parties peuvent ajouter au contrat de *pignus* une convention aux termes de laquelle le créancier est autorisé à vendre ou à aliéner le gage, si à l'échéance la dette n'est pas payée par le débiteur (Gaïus, C. II, § 64). Cette convention passe si bien dans l'usage que bientôt il n'est plus nécessaire de la stipuler expressément; elle est sous-entendue dans tout contrat de gage (L. 4, D., *De pignerat. act.*, liv. XIII, tit. VII). Bien plus, elle finit par devenir de l'essence même du contrat de gage; et, malgré la clause qui enlèverait au créancier le *jus distrahendi*, il pourrait encore vendre le gage sous la condition d'annoncer la vente au débiteur par trois dénonciations préalables. Ainsi (*et c'est là l'exception que nous avons à signaler*), le créancier gagiste peut aliéner ou vendre une chose dont il n'est pas propriétaire (1).

Du curateur agnat d'un insensé. — Ce curateur, d'après une disposition de la loi des Douze Tables, peut vendre les biens qui composent le patrimoine de l'insensé (Gaïus, C. II, § 64).

Il n'y a rien de certain relativement à un tuteur ou à un curateur qui ne serait pas agnat de l'incapable.

(1) Voy., sur le contrat de *pignus* et sur l'hypothèque, *infrà*, liv. III, tit. XIV, et liv. IV, tit. VI.

TITRE IX

Par quelles personnes on acquiert

Il faut distinguer à cet égard entre l'acquisition de la propriété et celle de la possession.

I. Acquisition de la propriété.

Une personne peut acquérir non-seulement par elle-même, mais par des tiers qui sont sous sa puissance (*per eos quos in potestate habetis*); cette acquisition est nécessaire et forcée; elle profite à celui qui a la puissance, même à son insu et contre son gré (*vobis ignorantibus et invitis*). C'est une conséquence de ce principe que celui qui est soumis à la puissance d'autrui ne peut rien avoir lui-même en propriété (*qui in potestate nostra est nihil suum habere potest*) (Gaïus, C. II, § 86; Instit., *pr.*, liv. II, tit. IX).

Ainsi on peut acquérir :

Par les fils de famille, *in potestate patria;* — par la femme *in manu mariti*;—par les personnes libres *in mancipio*; — par les esclaves *in dominica potestate;* — par l'homme libre possédé à juste titre et de bonne foi comme esclave, et par l'esclave *in bonis*.

Sous Justinien ont disparu les femmes *in manu mariti* et les personnes libres *in mancipio*.

Par les fils de famille.

Dans l'ancien droit, tous les droits acquis par un enfant profitaient au chef de famille qui était maître de les aliéner, de les vendre, de les donner même à un étranger (Instit., § 1, liv. II, tit. IX). Des restrictions successives furent apportées à ce principe par l'établissement des divers pécules (1). Ces pécules étaient au nombre de quatre :

(1) Les jurisconsultes romains ne sont pas d'accord sur l'étymologie du mot *peculium*. — Ulpien (L. 5, § 3, D., *De pec.*, liv. XV, tit. I) croit la trouver dans l'adjectif *pusillus*, léger, insignifiant, épithète très-souvent

1° Pécule *profectice*. — C'est le pécule constitué par le père de famille qui abandonne à son fils l'administration d'une partie de son patrimoine. Mais la séparation de ce pécule du patrimoine paternel n'est qu'une séparation de fait, que le père peut, à chaque instant, faire cesser par un acte de sa volonté. Les biens qui entrent dans la composition de ce pécule restent toujours, en droit, la propriété du père; ils seront partagés à son décès entre tous ses enfants, en même temps que les autres biens de la succession paternelle; ils peuvent être saisis par les créanciers du père. Cependant, en vertu d'une constitution de l'empereur Claude, mentionnée par Ulpien (L. 3, § 4, D., *De minor. vigint. quinq. ann.*, liv. IV, tit. IV), le pécule *profectice* doit être distrait du patrimoine paternel, lorsque ce dernier est saisi par le fisc.

2° Pécule *castrense* (*peculium castrense*). — Ce pécule, qui paraît remonter à Auguste, comprend tout ce qu'un fils de famille acquiert à l'occasion du service militaire. Le fils de famille a la pleine propriété des biens qui composent le pécule *castrense*; il est considéré, relativement à ces biens, comme un père de famille (*vice patris familias*). Il peut en disposer soit entre-vifs, par des actes à titre onéreux ou gratuit, soit par testament (L. 4, § 1, L. 5, D., *De castr. pec.*, liv. XLIX, tit. XVII).

3° Pécule *quasi-castrense*. — Ce pécule n'apparaît que sous Constantin (1). Il se compose, à l'origine, de toutes les acquisitions faites par les fils de famille à l'occasion de certaines fonctions à la cour du prince (*palatini principis*) (L. 1, C., *De castr. omn. palat. pec.*, liv. XII, tit.

applicable au pécule, surtout à son origine. — Varron (*de Ling. lat.*, XV, 95) la fait dériver de *pecus*, troupeau, parce que le pécule consistait à l'origine principalement en taureaux, brebis, etc. Festus reproduit cette dernière étymologie, qui nous paraît aussi la plus vraisemblable.

(1) Telle est du moins l'opinion de la majorité des auteurs. — Suivant MM. Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 235; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, § 341, p. 237, l'origine de ce pécule remonterait au règne d'Adrien.

XXXI). Il y a désormais assimilation entre ceux qui servent l'Etat dans les armées et ceux qui remplissent certains offices dans le palais impérial. Peu à peu cette faveur d'avoir un pécule *quasi-castrense* est concédée aux avocats, par Théodose le Jeune ; aux évêques, aux chefs de presbytère et aux diacres, par Léon et Anthémius ; enfin aux médecins du prince, aux professeurs d'arts libéraux, à tous ceux qui reçoivent des dons de l'empereur ou de l'impératrice ou qui sont rétribués par l'Etat, en vertu d'une constitution de Justinien (L. 57, C., *De bon. quæ lib.*, liv. LXI, tit. VI). Les droits du fils de famille sur le pécule *quasi-castrense* sont les mêmes que sur le pécule *castrense*. Il y a toutefois cette différence, qu'avant Justinien le droit de disposer par testament du pécule *quasi-castrense* n'appartenait qu'à ceux qui, par exception, en avaient obtenu une concession expresse. Justinien l'accorde à tous de plein droit (L. 37, C., *De inoffic. test.*, liv. III, tit. XXVIII).

4° Pécule *adventice*. — C'est encore dans la législation de Constantin qu'il faut en chercher la source. Le pécule *adventice* (1) ne comprend, à l'origine, que les biens recueillis par le fils de famille dans la succession testamentaire ou *ab intestat* de sa mère (L. 1, C., *De bon. matern.*, liv. VI, tit. LX); il s'étend ensuite, sous Arcadius et Honorius, à toutes les libéralités, succession testamentaire, succession *ab intestat*, legs, fidéicommis, donations qui proviennent à l'enfant d'un ascendant maternel (L. 2, C., *eod.*). Théodose et Valentinien y comprennent tout ce qu'un époux reçoit de son conjoint (L. 1, C., *eod.*). Léon et Anthémius y ajoutent les donations faites entre les fiancés (L. 5, *eod.*). Enfin Justinien y fait entrer tout ce qui ne vient pas du père, tout ce qui, en dehors des pé-

(1) Cette dénomination *pécule adventice*, employée par les commentateurs, n'est pas romaine. Les textes se servent soit de l'expression *bona materna* (L. 1, C., *De bon. matern.*, liv. VI, tit. LX), soit des mots *bona quæ patri non adquirunter* (LL. 1 et 6, C., *De bon. quæ liber.*, liv. VI, tit. LXI).

cules *castrense* et *quasi-castrense*, ne constitue pas un pécule *profectice* (Instit., § 1, liv. II, tit. IX).

Le fils de famille a la nue propriété du pécule *adventice* dont l'usufruit appartient au père de famille. Si le père de famille émancipe son fils, avant Justinien, il peut retenir le *tiers* du pécule *adventice* en pleine propriété; Justinien ne lui permet plus que d'en retenir la *moitié* en usufruit (Instit., § 2, *eod.*) (1).

Par les esclaves.

On peut avoir, sur un esclave, soit une propriété pleine et entière, soit un démembrement du droit de propriété.

Celui qui est seul plein propriétaire d'un esclave profite de toutes les acquisitions faites par cet esclave incapable de rien avoir en propre.

L'esclave qui appartient à *plusieurs maîtres* acquiert à chacun de ses maîtres proportionnellement au droit qu'ils ont dans la propriété de l'esclave (*pro portione dominica*). Cette règle fait toutefois exception, lorsque l'acquisition est fondée sur un motif spécial à l'un des maîtres. Dans ce cas, l'acquisition ne profite qu'à ce seul maître (Gaïus, C. III, § 167; L. 5, D., *De stipul. serv.*, liv. XLV, tit. III).

Celui qui a l'*usage* d'un esclave (*jus utendi*) ne peut acquérir par l'esclave que ce qui provient *ex re suâ*: par exemple, l'esclave a vendu une chose appartenant à l'usager, l'usager profite du prix, ou bien il a acheté une chose avec les deniers de l'usager, l'usager devient propriétaire de la chose.

Celui qui a l'*usufruit* d'un esclave (*jus fruendi*) acquiert non-seulement ce qui provient *ex re suâ*, mais ce qui provient *ex operis servi* : par exemple, l'esclave loue ses ser-

(1) Dans certains cas le père peut être privé de l'usufruit des biens de ses enfants ; il y a alors, suivant l'expression des commentateurs modernes, *peculium adventitium irregulare* ou *extraordinarium*. Par exemple : — 1° quand un tiers donne ou laisse quelque chose à l'enfant sous la condition expresse que le père n'en aura pas l'usufruit ; — 2° quand l'enfant succède *ab intestat* à un frère ou à une sœur concurremment avec le père ;—3° quand il acquiert une succession malgré le père.

vices à un tiers, il recueille un salaire pour prix de son travail. Ce salaire est un fruit de l'esclave et profitera à l'usufruitier (Gaïus, C. II, § 91; Instit., § 4, liv. II, tit. IX).

Celui qui a la *nue propriété* d'un esclave (*jus abutendi*) profite de toutes les acquisitions de l'esclave qui n'ont pas le caractère de fruits : par exemple, des donations, des legs faits à l'esclave (Instit., § 4, *eod.*). Cette règle subit cependant des exceptions : il faut supposer, en effet, qu'un esclave a reçu une donation non pas en considération du maître, mais de l'usufruitier : par exemple, le donateur était un ascendant de l'usufruitier. Dans ce cas, le legs reviendra à l'usufruitier, et non pas au nu propriétaire. On respectera la volonté du testateur (LL. 21, 22, D., *De usuf.*, liv. VII, tit. I).

Par l'homme libre possédé à juste titre et de bonne foi comme esclave, — et par l'esclave in bonis.

Celui qui possède avec juste titre et de bonne foi, comme étant son esclave, un homme libre, ou l'esclave d'autrui, acquiert, par cet homme libre ou par cet esclave d'autrui, tout ce qui provient *ex re sua* et *ex operis ejus*. Il est donc assimilé à un usufruitier (Instit., § 4, *eod.*).

Cependant il y a une différence importante qui nous est signalée par les Institutes (*ibid.*) entre l'usufruitier d'un esclave et le possesseur de bonne foi de l'esclave d'autrui. Le premier ne peut pas usucaper pour deux raisons : d'abord parce qu'il ne possède pas, ensuite parce qu'il sait que l'esclave appartient à autrui. Le second au contraire peut devenir propriétaire de l'esclave d'autrui, lorsqu'il l'aura possédé pendant le temps de l'usucapion.

Quid de l'homme libre qui n'est ni en puissance ni possédé de bonne foi comme esclave, et de l'esclave d'autrui possédé de mauvaise foi ? — On ne peut acquérir la propriété par une personne libre, *sui juris*, indépendante de sa puissance, ni par l'esclave d'autrui que l'on possède de mauvaise foi. Ce sont là des conséquences de ce principe du droit civil qui ne permet pas à un citoyen romain

de se faire représenter par autrui dans un acte juridique quelconque, soit qu'il s'agisse d'une acquisition, d'une aliénation, ou d'une obligation (1).

Observations relatives aux acquisitions par universalité. Outre les acquisitions à titre particulier il y a les acquisitions *par universalité*. Ainsi un fils de famille, ou un esclave a été institué héritier. Le père de famille ou le maître pourra recueillir par l'intermédiaire du fils ou de l'esclave le bénéfice de l'institution. Mais il faut remarquer que, dans cette hypothèse, l'acquisition ne se fait plus qu'avec le consentement et par l'ordre du père de famille ou du maître. Il est en effet de principe que les personnes soumises à la puissance d'autrui ne peuvent pas obliger envers des tiers celui sous la puissance duquel elles se trouvent. Or l'acceptation de l'hérédité entraîne l'obligation de payer les dettes du défunt (Instit., § 3, *eod.*).

L'esclave institué légataire n'a besoin, pour accepter le legs et le faire acquérir à son maître, ni d'un consentement, ni d'un ordre spécial, puisque cette acquisition n'entraîne aucune charge (Instit., *ibid.*).

II. Acquisition de la possession.

Ce n'est pas seulement la propriété que l'on peut acquérir par les personnes soumises à sa puissance, on peut encore acquérir la *possession* (Instit., § 3 *in fine*.) La possession, comme nous l'avons déjà vu (*supra*, p. 120), se compose de deux éléments : l'élément intentionnel (*animus*), l'élément matériel (*corpus*). L'intention, c'est-à-dire la volonté de posséder comme propriétaire, doit toujours se réaliser dans la personne de celui qui a la *potestas*. Le fait, c'est-à-dire la détention matérielle de la chose, peut se réaliser à notre profit par l'intermédiaire d'une autre personne (*corpore vel nostro vel alieno*). Ainsi dire que l'on peut posséder par autrui, c'est dire seulement qu'autrui

(1) Voy. *infrà*, liv. IV, tit. VI.

peut accomplir en notre lieu et place le fait de la détention matérielle de la chose (1) (L. 3, § 12, D.; *De adq. vel am. poss.*, liv. XLI, tit. II).

De ces principes découlent les conséquences suivantes :

1° La possession ne peut être acquise, comme la propriété, *contre le gré* du père de famille ou du maître.

2° Elle ne peut être acquise même à *son insu* (*alieno animo*). Cependant on a admis de bonne heure une exception à cette dernière règle. Celui qui constitue un pécule à son fils ou à son esclave devient à *son insu* possesseur de toutes les choses dont son fils ou son esclave acquiert la possession pendant la durée de l'administration de ce pécule (L. 1, § 5, D., *eod.*). On n'a pas voulu que le père de famille ou le maître fût obligé de s'inquiéter à chaque instant des opérations que pourraient faire le fils ou l'esclave mis à la tête du pécule (*ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere*). Mais c'est là une exception plus apparente que réelle ; car le père de famille ou le maître, en constituant le pécule, a donné dès le début une approbation générale à tous les actes que feraient dans la suite le fils ou l'esclave pour augmenter ce pécule (2).

Le principe que la possession ne peut être acquise à l'insu du possesseur et *alieno animo* a reçu une autre exception plus remarquable, le jour où il fut admis que le pupille *infans* pourrait acquérir la possession avec l'autorisation de son tuteur, *infans possidere recte potest* (L. 32, § 2, *eod.*). Or l'*infans* est incapable de vouloir (*affectionem tenendi non habet*) ; il devient donc possesseur sans avoir l'*animus domini*. C'est l'*auctoritas* qui, contrairement à tous les principes, remplace ici le *judicium infantis* qui fait entièrement défaut. Cette violation des principes qui

(1) Consult. MM. Machelard, *Text. de dr. rom.*, 1re part., *sur la possession*, p. 22 et suiv. ; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 167, p. 547, 3e édit. ; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 83, p. 307 et suiv.

(2) Comp. M. Machelard, *loc. cit.*, p. 50 et suiv.

gouvernent l'*animus possidendi* et l'*auctoritas tutoris* se justifie par la nécessité d'accorder à l'*infans* l'acquisition de la possession (1).

Par qui peut-on acquérir la possession ? — On peut acquérir la possession par son fils de famille, par son esclave, par l'esclave d'autrui que l'on possède de bonne foi, par l'esclave sur lequel on a un droit d'usufruit. Toutefois, dans ce dernier cas, la possession n'est acquise que si elle provient *ex duabus causis : — ex re sua, — et ex operis servi* (Instit., § 4, liv. II, tit. IX).

A la différence de la propriété, la possession s'acquiert par une personne libre, *sui juris*. Cette possession peut même entraîner par voie de conséquence la propriété (Instit., § 5, *eod.*). Remarquons que l'on peut, même à *son insu*, acquérir la possession par une personne libre. Ainsi celui qui charge une personne de recevoir une certaine chose devient possesseur du moment que le mandataire a reçu la chose à sa disposition, alors même qu'il ignore l'instant précis de la prise de possession (L. 1, C., *Pro empt.*, liv. VII, tit. XXXII). Toutefois, si la propriété ne résulte pas de la possession, si l'usucapion est nécessaire, celle-ci ne commence à courir que du moment où il y a connaissance acquise de la possession (L. 47, D., *De usurp.*, liv. XLI, tit. III).

Il se peut même que le tiers ait agi *sponte sua*, et non par suite d'un mandat; la tradition qui lui a été faite ne conférera la possession au représenté qu'autant qu'il y aura de la part de celui-ci ratification (L. 42, § 1, D., *De negot. gest.*, liv. III, tit. V).

(1) V. M. Machelard, p. 54 et suiv.

TITRE X

Des testaments

Après les modes d'acquérir *à titre particulier*, viennent les modes d'acquérir *à titre universel* (*per universitatem*). L'acquisition à titre universel la plus importante est celle qui résulte de la succession à l'hérédité d'une personne (Instit., § 6, liv. II, tit. IX).

On entend, par hérédité, le patrimoine du défunt, cet ensemble de biens et de dettes que la loi des Douze Tables nommait *familia* (1).

L'hérédité est déférée : 1° par la volonté du testateur; 2° par la loi. Dans le premier cas, elle est dite *testamentaire*; dans le second, *ab intestat* (Instit., § 6, *ibid.*).

Définition du mot testament. — Le testament est un acte *solennel* et de *dernière volonté*, par lequel une personne *dispose de son hérédité* (Ulpien, *Reg.*, tit. XX, § 1; L. 1, D., *Qui test. fac. pot.*, liv. XXVIII, tit. I).

Un acte solennel (*solemniter facta, justa sententia*), car certaines formalités étaient nécessaires à la validité du testament.

De dernière volonté, car les dispositions testamentaires ne devaient jamais être exécutées qu'après la mort du testateur (*ut post mortem nostram valeat*).

Par lequel une personne *dispose de son hérédité;* la désignation d'un héritier, d'une personne qui sera successeur *in universum ejus*, et continuera la personne du défunt, est, comme le dit Gaïus, *caput et fundamentum totius testamenti*. Sans institution d'héritier, le testament ne vaut rien. D'un autre côté, est nulle toute institution d'héritier qui ne se trouve pas renfermée dans le testament.

(1) Plus spécialement le mot *familia* désignait l'ensemble des esclaves compris dans un patrimoine. Appliquée aux personnes, cette expression embrassait soit tous les descendants d'un auteur commun (cognats), soit toutes les personnes rattachées entre elles par le lien d'agnation (agnats).

Etymologie du mot TESTAMENTUM. — Celle des Institutes (*testatio mentis*, attestation de la volonté) est généralement repoussée (*pr.*, liv. II, tit. x) (1).

FORME DU TESTAMENT.

La forme du testament a changé avec le temps.

I. Testament Calatis comitiis. — Testament in procinctu. — Dans le très-ancien droit romain, le testament se faisait sous la forme d'une loi (*uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*). Le citoyen romain exprimait sa volonté devant le peuple (*teste populo*) assemblé dans les comices par curies (*calatis comitiis*). Le peuple approuvait.

Inconvénients de ce mode de tester.

1° Le testament *calatis comitiis* ne pouvait se faire qu'à Rome; car, à Rome seulement, se réunissaient les comices.

2° Ce testament, du moins à l'origine, était le privilége des patriciens; car les patriciens avaient seuls, à l'exclusion des plébéiens, le droit de figurer dans les comices par curies.

3° Ce testament ne pouvait se faire que deux fois par an; car les comices n'étaient convoqués pour cet objet que deux fois dans l'année.

A la même époque, à côté du testament *calatis comitiis* existait le testament *in procinctu*. C'était le testament des temps de guerre. Le citoyen romain exprimait sa volonté devant l'armée près d'engager le combat (*in prælium exituri*). L'armée remplissait ici l'office du peuple (Gaïus, C. II, § 101; Instit., § 1, liv. II, tit. x).

II. Testament per æs et libram. — Les inconvénients

(1) Suivant M. Demangeat, t. I, p. 597, le mot *testamentum* viendrait de *testatio*, *testari*, mais la désinence *mentum* n'aurait aucun rapport avec le substantif *mens*. Notre savant maître cite à l'appui de son opinion un texte d'Aulu-Gelle (*Nuits att.*, VI, 12). — Telle est aussi l'opinion de M. Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, n. 320, p. 754, note 2.

de ces deux modes de faire un testament annulaient presque le droit de tester. Pour y remédier, les Prudents imaginèrent le testament *per æs et libram*, qui ne tarda pas à remplacer le testament *calatis comitiis* et le testament *in procinctu*. Le citoyen romain vendait, avec les formalités ordinaires de la mancipation, son hérédité (*familiam suam*) à celui qu'il avait choisi pour son héritier; et cette mancipation devait être faite à l'héritier lui-même *directement* et sans *intermédiaire* (Gaïus, C. II, § 102; Instit., § 1, *eod.*).

Avantage qui résultait de cette forme. — Elle pouvait être employée à toute époque.

Double inconvénient. — 1° L'acheteur (*familiæ emptor*) acquérait par la mancipation un droit définitif sur l'hérédité, car le testateur ne pouvait plus changer de volonté.

2° Les dispositions du testament n'étaient pas secrètes, et on avait sujet de craindre que l'héritier, pour jouir plus vite des biens, n'attentât à la vie du testateur.

Une modification était donc nécessaire. Bientôt il s'établit dans l'usage de ne plus manciper l'hérédité à celui qu'on voulait instituer, mais à un acheteur fictif. Par un contrat de fiducie, ce tiers s'engageait à restituer l'hérédité à celui dont le nom était désigné dans un écrit que le testateur présentait comme son testament. Ainsi, il y avait deux formalités distinctes : 1° la *mancipation* de l'hérédité à un acheteur fictif (*familiæ mancipatio*); 2° la *nuncupation*, c'est-à-dire la déclaration solennelle par laquelle le testateur confirmait toutes les dispositions écrites dans les *tabulæ testamenti* (Gaïus, C. II, §§ 103, 104; Ulpien, *Reg.*, tit. xx, § 9).

III. Testament nuncupatif. — Ce testament consistait dans une simple déclaration que le testateur faisait de sa volonté en présence de sept témoins. Ce testament était valable d'après le droit civil (Instit., § 14, liv. II, tit. x).

Avantage résultant de cette forme. — Elle offrait à ceux qui ne savaient pas écrire la facilité de tester.

Double inconvénient. — 1° Ce testament confié à la mémoire des témoins n'avait qu'une existence précaire, incertaine, comme la mémoire elle-même ou la vie des témoins; 2° de plus il obligeait le testateur à déclarer publiquement le nom de l'héritier, qui était alors intéressé au décès du disposant.

IV. Testament du droit prétorien. — Le préteur n'exigeait aucune mancipation. Le testateur écrivait ses dispositions testamentaires sur des tablettes qu'il présentait à sept témoins; il leur déclarait que ces tablettes renfermaient la désignation d'un héritier et des charges qu'il lui imposait. Les sept témoins se bornaient à apposer sur les *tabulæ testamenti* leur cachet (*signaculum, annulum*) (Gaïus, C. II, § 119; Instit., § 2, *eod.*). Tous les témoins pouvaient employer le même cachet et à plus forte raison des cachets distincts et particuliers (Instit., § 5, *eod.*). Ce testament prétorien déférait non pas l'*hérédité proprement dite*, mais la *bonorum possessio* qui, en réalité, conférait tous les avantages de l'hérédité civile (Ulpien, *Reg.*, tit. XXIII, § 6, tit. XXVIII, § 6).

Au Bas-Empire, les constitutions impériales ont ajouté au testament du droit prétorien une formalité nouvelle qui consistait dans la nécessité imposée aux témoins de mettre leur signature sur le testament (*subscriptionem*).

V. Testament tripartite (*tripertitum*). — Cette dernière forme du testament, introduite par Théodose le Jeune et Valentinien III, provient de la fusion du droit civil avec le droit prétorien et les constitutions impériales. De là le nom de testament tripartite.

1° *Du droit civil* dérive la *présence* de témoins *uno contextu*. Ce qui veut dire qu'une fois le testament présenté aux témoins, toutes les formalités nécessaires à la solennité de cet acte doivent être accomplies d'un trait, sans interruption (*nullum actum alienum testamento intermiscere*.

2° *Du droit prétorien* dérivent l'*apposition des cachets* sur l'enveloppe extérieure (*superscriptio*) et le *nombre* des témoins (*septem testibus*).

3° *Des constitutions impériales* dérive la *signature* du testateur et des témoins au bas du testament, sous l'enveloppe (*subscriptio*). — Si le testateur ne peut pas ou ne sait pas signer, on appelle un huitième témoin (Instit., § 3, *eod.*).

A toutes ces formalités Justinien en ajoute une nouvelle. D'après une constitution au Code (L. 29, *De testam.*, liv. VI, tit. XXIII), le nom de l'héritier doit être écrit de la main du testateur lui-même dans le testament. Si le testateur ne sait pas écrire, il est obligé de déclarer le nom de l'héritier aux témoins qui le mentionnent dans leurs *subscriptiones*. Cette disposition dangereuse est supprimée bientôt par une novelle du même empereur (Nov. CXIX, chap. XI).

Observation. — Au Bas-Empire, à côté du testament tripartite a subsisté le testament *verbal* ou *nuncupatif*, qui, comme nous l'avons vu, offre à ceux qui ne savent pas écrire l'avantage de faire un testament valable d'après le droit civil (Instit., § 14, *eod.*).

DES PERSONNES QUI PEUVENT SERVIR DE TÉMOINS DANS UN TESTAMENT

Deux espèces de conditions sont exigées : des conditions absolues de capacité et des conditions relatives.

I. **Conditions absolues de capacité.** — Le principe est que l'on peut employer comme témoins tous ceux avec qui on a *faction de testament*.

Faction de testament : cette expression désigne la capacité de concourir à la confection d'un testament : or, on concourt à un testament soit comme *testateur*, lorsqu'on

dispose de son hérédité, soit comme *institué*, lorsqu'on est appelé à recueillir l'hérédité d'autrui, soit comme *témoin*. Ces trois actes exigent trois capacités : 1° celle nécessaire pour faire un testament ; 2° celle nécessaire pour être institué héritier ; 3° celle nécessaire pour servir de témoin.

Ces trois capacités existent quelquefois dans la même personne. On dit alors que cette personne a une *testamenti factio complète*. Mais souvent elles sont séparées, et tel individu qui a la *testamenti factio* à un point de vue ne l'a pas à un autre. La *testamenti factio* est dans ce cas *restreinte*.

En général, celui-là peut être témoin qui serait valablement institué par le testateur.

Cette règle souffre des exceptions.

1° Une *femme* a la *testamenti factio* pour acquérir une hérédité, même pour disposer par testament, mais avec l'autorisation de son tuteur (Gaïus, C. II, § 112 ; Ulpien, *Reg.*, tit. XX, § 15). — Cependant elle ne peut pas être appelée pour servir de *témoin* dans un testament (Instit., § 6, *eod.*).

2° Un *impubère* peut être institué héritier avant d'avoir atteint l'âge de quatorze ans ; — cependant il ne peut jamais tester, pas même avec l'autorisation de son tuteur (Gaïus, C. II, § 113), ni figurer comme *témoin* dans un testament (Instit., § 6, *eod.*).

3° Un *esclave* a la *testamenti factio* à l'effet d'être institué héritier (Gaïus, C. II, § 87) ; — cependant, de même que l'impubère, il n'a ni la capacité de tester, ni celle de figurer comme témoin dans un testament (Instit., *ibid.*).

4° Un *fou* (*furiosus*), si ce n'est dans les intervalles lucides, un *sourd* (*surdus*), un *muet* (*mutus*), n'ont à l'origine la faction de testament en aucune qualité. Après la modification du testament *per æs et libram* ils deviennent capables d'être institués héritiers ; — cependant ils restent

toujours frappés de l'incapacité de tester et de figurer comme témoins dans un testament.

5° Les *prodigues* sont régis par les mêmes principes.

6° Les personnes *infâmes* (*improbum intestabilemque*) sont également incapables, parce qu'on ne peut prendre pour témoins d'un testament que des hommes de bonne réputation (*bonæ opinionis*) (Instit., *ibid.*) — La même prohibition s'applique aux hérétiques.

A quel moment est requise la capacité des témoins. — Au moment même de la confection du testament (*testamenti quidem faciendi tempore*). Peu importe que les témoins perdent ensuite cette capacité. Cependant, d'après des rescrits d'Adrien et de Sévère, la présence d'un esclave qui aurait figuré comme témoin dans un testament ne vicie pas le testament alors que l'incapacité de l'esclave était inconnue, et que les investigations les plus minutieuses n'auraient pas fait découvrir l'erreur (Instit., § 7, *eod.*).

II. **Conditions relatives de capacité.** — Sont frappés d'une incapacité relative ceux qui, capables en général de servir de témoins dans un testament, ne peuvent pas figurer comme témoins dans le testament de telle personne déterminée. Ainsi, le testateur ne peut employer comme témoins dans son testament les enfants qu'il a sous sa puissance. — Mais que décider, lorsqu'un fils de famille qui a un pécule *castrense* dispose par testament de ce pécule? L'intervention du père de famille comme témoin est-elle valable? Justinien déclare, d'après Gaïus et à l'encontre de Marcellus et d'Ulpien, que ni le père, ni les frères du testateur soumis avec lui à la puissance du même chef, ne pourront servir de témoins dans le testament relatif à ce pécule (*reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium*) (Instit., § 9, *eod.*). — D'ailleurs, rien n'empêche de prendre dans une même maison plusieurs témoins pour un acte étranger à cette maison. Exemple : le père de famille et le fils qu'il a sous sa puissance, des

frères soumis à la même puissance peuvent servir de témoins du même testament (Instit., § 8, *eod.*).

Sont également incapables d'être témoins l'héritier institué ; — s'il est père de famille, ceux qui se trouvent sous sa puissance ; — s'il est fils de famille, le père sous la puissance duquel il se trouve, et ceux qui s'y trouvent avec lui (Instit., § 10, *eod.*).

Quant aux légataires et aux fidéicommissaires, ils peuvent être témoins dans un testament, parce qu'ils ne jouent pas un rôle principal dans l'acte (*quia non juris successores sunt*). — A plus forte raison en est-il de même des personnes qui sont unies aux légataires et aux fidéicommissaires (*aliis personis eis conjunctis*) (Instit., § 11, *eod.*).

TITRE XI

Du Testament militaire

Les militaires ont obtenu des Constitutions impériales plusieurs priviléges importants :

I. **Priviléges relatifs à la forme du testament.** — Les militaires ne sont pas tenus d'observer les règles positives du droit civil qui gênaient la liberté du testateur. Pas de solennité nécessaire. De quelque manière qu'un militaire manifeste sa volonté, pourvu que cette volonté ne soit pas douteuse, elle suffit pour constituer un testament valable (*sufficiat nuda voluntas testatoris*). Il en résulte que le testament fait par un individu non militaire, sans les formalités du droit civil, peut être validé, si, devenu militaire, l'individu manifeste d'une façon quelconque l'intention de donner effet à ce testament, par exemple en y ajoutant ou modifiant quelque chose. Le testament prend dès lors la valeur d'un testament militaire (*quasi ex*

nova militis voluntate) (Instit., *pr.* et §§ 1, 4, liv. II, tit. XI).

Pendant combien de temps les militaires jouissent-ils de ces priviléges? — *Avant Justinien*, le privilége de tester dans la forme militaire était accordé aux militaires aussi longtemps qu'ils étaient au service. Ainsi un testament fait par un militaire (*extra expeditionem*), c'est-à-dire en temps de paix dans une garnison, était dispensé des formalités du droit civil. Cette dispense s'étendait même au testament fait par un vétéran (*post missionem*). — Justinien décide que les militaires ne pourront désormais tester sans aucune formalité que pendant la durée d'une expédition (*in expeditione*) (Instit., § 3, *eod.*).

Quelle est la durée d'un testament militaire? — *Avant Justinien*, le testament militaire valait pendant tout le temps du service, et même pendant un an après la rentrée du militaire dans ses foyers. — *Sous Justinien*, le testament militaire conservera sa validité pendant le délai d'un an *après la fin de l'expédition*. Si donc le militaire meurt *intra annum post missionem*, son testament, fait *in expeditione*, sera valable. S'il meurt après ce délai, son testament sera nul (§ 3, *eod.*).

II. Priviléges relatifs à l'exercice du droit de tester. — Certaines personnes incapables de faire un testament d'après le droit commun sont capables de tester en leur qualité de militaires. Exemple : un fils de famille n'a pas le droit de tester, même avec l'autorisation de son père. S'il est militaire, il devient capable de disposer de son pécule *castrense*, même sans autorisation du chef de famille (Instit., § 6, *eod.*). — Un sourd, un muet, dans le droit classique, ne peut pas valablement tester. Au contraire, le militaire sourd ou muet a par privilége l'exercice du droit de tester (Instit., § 2, *eod.*).

III. Priviléges relatifs à la capacité de ceux en faveur de qui on peut tester. — Les militaires pouvaient instituer utilement héritières des personnes qui, dans le droit

commun, étaient incapables de recevoir par testament. Exemples : les pérégrins, les déportés, etc. (Gaius, C. II, §§ 110 et 111). Le *servus pœnæ* seul ne pouvait être institué par un militaire (1) (L. 13, § 2, D., *De test. milit.*, liv. XXIX, tit. I).

IV. Privilèges relatifs à la liberté et à l'étendue des dispositions testamentaires. — Les militaires étaient dispensés de la nécessité d'instituer ou d'exhéréder leurs héritiers siens. Le silence des militaires sur leurs héritiers siens équivalait à une exhérédation nominative. — Il est bon de remarquer que Justinien a restreint cette faculté aux seuls soldats en expédition (Instit., § 6, liv. II, tit. XIII). — Les militaires pouvaient mourir partie *testat* et partie *intestat*, avoir en même temps un héritier testamentaire et un héritier *ab intestat* (*nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest.* Instit., § 5, liv. II, tit. XIV). Ils pouvaient instituer un héritier *ex certo die*, c'est-à-dire à partir d'une certaine époque, ou *ad certum diem*, c'est-à-dire jusqu'à une certaine époque.—S'ils laissaient plusieurs testaments, ils étaient tous exécutés ; ils disposaient valablement de leur hérédité même par codicilles (L. 19, *pr.*, L. 36, *pr.*, D., *De testam. mil.*, liv. XXIX, tit. I).

TITRE XII

Des personnes à qui il n'a pas été permis de tester

Il faut distinguer deux choses : le droit de tester, l'exercice du droit de tester.

I. Du droit de tester, pris en dehors de l'exercice de ce droit.

Pour avoir le droit de tester, il faut avoir le *jus commercii ;* mais cela ne suffit pas, il faut être *pater familias*, c'est-à-dire *sui juris*, ne dépendant de personne ; cela ne

(1) Rappelons que, sous Justinien, les hérétiques ne pouvaient, non plus, rien recevoir *ex testamento militis* (L. 22, C., *De hæret.*, liv. I, tit. V).

suffit pas encore, il faut de plus avoir reçu du législateur la faculté de tester ; car cette faculté n'est pas toujours une conséquence du droit de propriété.

Ne peuvent pas faire de testament :

1° Le *Latin-Junien*. La loi Junia leur refuse en effet ce droit (Ulpien, *Reg.*, tit. xx, § 14) ;

2° Le *pérégrin déditice ;* car il n'a pas le *jus commercii* (Ulpien, *ibid.*) ;

3° Le citoyen romain qui, par suite d'une condamnation (exemple, la déportation), aurait perdu la cité romaine ;

4° L'esclave, puisqu'il n'a pas de biens en propre ; il y a toutefois une exception en faveur de l'esclave public du peuple romain (*servus publicus populi romani*), qui peut disposer par testament de la moitié de son avoir (Ulpien, tit. xx, § 16) ;

5° Les apostats, ainsi que plusieurs sectes d'hérétiques, notamment les Manichéens (L. 3, C., *De apost.*, liv. I, tit. vii).

6° Le fils de famille. Même avec l'autorisation de son père, le fils de famille ne pouvait légalement tester, *quoniam nihil suum habet* (Instit., *pr.*, liv. II, tit. xii).

Lorsque les fils de famille eurent obtenu la constitution du pécule *castrense* sur lequel ils avaient tous les droits d'un propriétaire *sui juris*, d'un père de famille, il leur fut accordé assez promptement le droit de disposer par testament de ce pécule *castrense*. D'abord cette concession fut limitée à la durée du service militaire. Adrien l'étendit aux vétérans, c'est-à-dire à ceux qui avaient quitté le service militaire (Instit., *ibid.*).

De même, à partir de Constantin, les fils de famille, fonctionnaires publics, ont pu posséder en propre, à titre de pécule *quasi-castrense*, ce qu'ils acquéraient dans l'exercice de leurs charges. Cependant ils n'ont pas reçu, dès cette époque, la permission de tester sur ce pécule. Ce n'est que sous Justinien que ce droit leur fut accordé. Quant au pécule *adventice*, bien qu'il fût réputé la pro-

priété des fils de famille, ceux-ci n'en pouvaient disposer par testament. Ce droit, en effet, ne leur avait été accordé par aucune loi. Cependant il leur était permis de faire des donations à cause de mort des biens constituant ce pécule, mais avec le consentement de leur père de famille. La raison de cette distinction est que la donation à cause de mort était considérée comme du droit des gens (Instit., *pr.*, *eod.*).

Que décider dans le cas où le fils de famille, ayant un pécule *castrense*, était mort sans en avoir disposé par testament? Le pécule revenait au père de famille qui était considéré non comme un successeur, mais comme ayant toujours été propriétaire de ces biens. Tel était du moins le droit à l'origine (LL. 9, 19, §§ 3 et 5, D., *De castr. pec.*, liv. XLIX, tit. XVII). Justinien a-t-il apporté quelque modification à cet état de choses? Les commentateurs ne s'accordent pas sur le sens de cette phrase des Institutes (*pr.*): « *Si intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus ad parentes eorum* jure communi *pertinebit.* » — Les uns, notamment Cujas, prétendent que ces mots *jure communi* veulent dire *jure communi peculii, jure pristino.* D'après cette opinion, le pécule *castrense* ferait retour au père comme un pécule ordinaire, par droit de puissance paternelle. D'où les conséquences suivantes : 1° le père de famille, n'étant pas héritier, ne sera point obligé de payer les dettes de son fils *ultra vires*, il n'en sera tenu que dans la limite du pécule (*de peculio*); 2° il n'en sera tenu que par l'action *de peculio*, c'est-à-dire pendant un an à partir du décès du fils, quelle que fût la durée des actions contre ce dernier; 3° si les choses du pécule sont entre les mains d'un tiers, le père ne pourra point exercer la *petitio hereditatis*. Il devra intenter la revendication; et comme cette action ne peut avoir pour objet une *universitas juris* telle que le pécule, il devra revendiquer en particulier chacune des choses qui composent le pécule. 4° Enfin, le père de famille ne venant point comme héri-

tier, ne sera pas, dans le dernier état du droit, primé par les enfants du défunt, par ses frères et sœurs, etc. Cette opinion est enseignée par Théophile, le contemporain de Justinien, dans sa paraphrase des Institutes (1). — D'autres jurisconsultes parmi lesquels on cite Vinnius, Fernandez de Retez, soutiennent qu'il faut donner à ces mots *jure communi* le sens de *jure communi successionis*. D'après cette opinion, le pécule *castrense* reviendrait au père par droit de succession. D'où il résulte que le père de famille pourra être tenu au delà des biens du pécule, s'il n'a pas accepté la succession sous bénéfice d'inventaire. L'action des créanciers durera le temps ordinaire de la durée des actions, trente ans. La revendication des biens du pécule aura lieu en masse par une action unique, la *petitio hereditatis* (2).

II. De l'exercice du droit de tester.

Ne peuvent exercer le droit de tester :

1° Les impubères, parce qu'ils n'ont pas de jugement (Instit., § 1, liv. II, tit. XII);

2° Les fous, parce qu'ils manquent de raison. Toutefois le testament fait par un fou dans un intervalle lucide est réputé valable (Instit., *ibid.*);

3° Les prodigues, à cause de l'interdiction prononcée contre eux par le préteur (Instit., § 2, *eod.*);

4° Les sourds et les muets dans l'ancien droit (Ulpien, *Reg.*, tit. XX, § 13). Justinien a accordé aux muets la faculté de tester par écrit; et aux sourds celle de tester dans la forme ordinaire. Il n'y a plus que les sourds et

(1-2) MM. Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. II, n° 688, et t. III, n° 1030; Thézard, *Rép. écr. de dr. rom.*, p. 138; Brocher, *Etude hist. et philos. sur la légitime et les réserves*, p. 38, se prononcent dans le premier sens. Telle est aussi la doctrine professée par M. Gide *à son cours*. — Mais l'opinion contraire est aujourd'hui plus généralement adoptée. Voy. MM. Ducaurroy, *Instit. expl.*, t. II, n° 857; Demangeat, *Cours élém.*, t. I, p. 609; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, n° 297, p. 694, texte et note 4; Namur, *Cours d'Instit.* (2e édit.), t. I, § 57, p. 76; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. II, § 344, p. 238 et 239; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 415, p. 97; Labbé et Machelard, *Leurs cours*.

muets de naissance qui restent frappés de l'incapacité de faire un testament (Instit., § 3, *eod.*).

Remarquons que la folie, l'interdiction, la surdité, la perte de la parole, survenant après la confection d'un testament, ne l'annulent en rien. D'un autre côté le testament fait par un impubère, un fou, un prodigue, un sourd, un muet, en état d'impuberté, de folie, d'interdiction, de surdité, de mutisme, ne devient pas valable parce que le testateur meurt étant pubère, sain d'esprit, relevé de l'interdiction, ou après avoir recouvré l'ouïe et la parole (Instit., §§ 1, 2, 3, *eod.*).

5° Les aveugles. Dans l'ancien droit, aucune règle n'empêchait les aveugles de tester (Paul, *Sent.*, § 4, liv. III, tit. IV, *a*). Mais une constitution de l'empereur Justin, maintenue par Justinien, exige, outre les sept témoins, la présence d'un tabellion (*tabularius*) dans la confection de leur testament (Inst., § 4, *eod.*; L. 8, C., *Qui test. fac. poss.*, liv. VI, tit. XXII).

6° Les femmes. Longtemps les femmes, même avec l'autorisation de leur tuteur, n'ont pu tester. Depuis un sénatus-consulte du règne d'Adrien, elles ont obtenu ce droit sous le contrôle de leur tuteur (Gaïus, C. I, § 115 *a*).

A quel moment faut-il que la capacité de tester ait existé chez le testateur?

D'après le droit civil, la capacité de tester et de transmettre par testament doit exister : 1° au moment de la confection du testament; 2° au moment de la mort; 3° pendant le temps intermédiaire entre la confection du testament et la mort du testateur.

D'après le droit prétorien, il suffit que le testateur soit capable de tester et de transmettre par testament : 1° à l'époque de la confection de l'acte; 2° à l'époque de sa mort. Il importe peu que la capacité ait duré sans intermittence depuis le jour de la confection du testament jusqu'à la mort du testateur.

Les *constitutions impériales* ont suivi les règles du droit prétorien.

Influence particulière de la captivité sur le droit et l'exercice du droit de tester.

Il y a deux hypothèses distinctes :

1° Un citoyen romain, après avoir fait son testament, tombe au pouvoir des ennemis. Quel sera le sort de ce testament? Strictement il devrait être nul à cause de la *maxima capitis deminutio* qui s'est opérée. A l'aide de deux fictions on est arrivé à maintenir à ce testament sa valeur primitive, soit que le testateur revienne à Rome, soit qu'il meure chez l'ennemi. — Au cas de retour, le *jus postliminii* efface toutes les traces de captivité. Les droits du prisonnier, suspendus, mais non détruits par la captivité, revivent dans toute leur étendue. Le testament fait *ante captivitatem* se trouve être resté valable. — Au cas de mort chez l'ennemi, une loi *Cornelia*, proposée par Sylla, établit cette règle : que le captif est censé mort au moment même où il a été fait prisonnier. Par conséquent, il est mort dans la plénitude de ses droits; il a donc pu laisser un testament valable (Instit., § 5, liv. II, tit. XII).

2° Un citoyen romain, prisonnier chez l'ennemi (*in captivitate*) fait son testament. Ce testament est toujours nul, soit que le testateur revienne, soit qu'il meure en captivité.

Il n'y a point lieu ici à l'application du *jus postliminii*.

TITRE XIII

De l'exhérédation des enfants

I. Loi des Douze Tables.

Dans le droit primitif, le père de famille pouvait disposer de son hérédité sans aucune restriction. *Uti legassit... suæ rei, ita jus esto*, disait la loi des Douze Tables. Cette

liberté engendra des abus. Il n'était pas juste, en effet, que les enfants qui par leur travail avaient contribué à la formation et à la prospérité du patrimoine, fussent exclus par un étranger de toute espèce de part à l'hérédité de leur père.

Des modifications furent apportées à cette matière : — par le droit *civil* — par le droit *prétorien* — par les *constitutions de Justinien*.

III. Droit civil.

Les jurisconsultes ont considéré les enfants placés sous la puissance d'un chef de famille comme des copropriétaires du patrimoine paternel. A la mort du père, ils conservaient sur ce patrimoine une propriété qu'ils avaient eue antérieurement plutôt qu'ils n'acquéraient un droit nouveau. Ils se succédaient pour ainsi dire à eux-mêmes (*heredes sui*). Cette idée admise, il ne suffisait plus, pour dépouiller les enfants de leurs droits, d'instituer simplement un étranger; il fallait de plus une déclaration formelle du testateur qui les exhérédât (1).

L'institution faite sous une condition casuelle devait être suivie d'exhérédation pour le cas où la condition ferait défaut. La condition potestative pouvait au contraire suffire : l'héritier institué de la sorte était considéré comme manifestant sa volonté d'accepter ou de refuser la succession en accomplissant ou en n'accomplissant pas la condition (L. 4, *pr.*, D., *De hered. inst.*, liv. XXVIII, tit. v).

La nécessité de l'exhérédation s'appliquait aux héritiers siens, c'est-à-dire à ceux qui étaient appelés par le droit civil à la succession *ab intestat* du testateur. C'étaient

(1) Cette idée de copropriété existant entre les membres de la famille, bien qu'elle paraisse s'appuyer sur certains textes, et qu'elle soit généralement admise en France (Voy. notamment MM. Ducaurroy, t. II, n° 567; Ortolan, t. II, n° 692; Demangeat, t. I, p. 613), nous semble diamétralement opposée à l'esprit général du droit romain. Tel est aussi le sentiment de M. Brocher, *Etud. hist. et philos. sur la légitime et les réserves*, p. 68.

les fils de famille, les petits-fils, lorsque le père était sorti de la famille, la femme *in manu* (*loco filiæ*), la bru *in manu filii* (*loco neptis*) (Ulpien, *Reg.*, tit. XXII, § 14).

A quelle époque fut introduit ce droit? — A une époque antérieure au temps de Cicéron (1).

De quelle manière se faisait l'exhérédation? — Elle était différente suivant qu'il s'agissait d'un fils de famille ou de tout autre enfant soumis à la puissance du testateur. Le *fils de famille* devait être exhérédé *nominativement* (*nominatim*), c'est-à-dire par une désignation individuelle. Exemple : *Titius filius meus exheres esto*. La *fille de famille* ou le *petit-fils* pouvait être exhérédé en termes généraux, *collectivement* (*inter cæteros*). Ex. : *Cæteri exheredes sunto* (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XIII).

Quelle était la sanction de cette règle? — La sanction était différente suivant qu'il s'agissait de l'omission d'un fils de famille ou de tout autre enfant.

Le *fils de famille* était-il omis, le testament était frappé dès le principe d'une nullité absolue et radicale. Tel était du moins l'avis des Sabiniens. Cette opinion a prévalu (Gaïus, C. II, § 123; Instit., *ibid.*).

Une *fille de famille* ou un *petit-fils* était-il omis, le testament n'était pas nul; seulement la fille ou le petit-fils omis venait accroître le nombre des héritiers institués. Il y avait, nous dit Gaïus, un *jus accrescendi* (Gaïus, C. II, § 124). — La part accordée à la fille et au petit-fils omis variait selon que les héritiers institués étaient des étrangers ou des enfants héritiers siens du testateur. Dans le premier cas, la fille ou le petit-fils avait la *moitié* de l'hérédité (*extraneis autem partem in dimidiam*). Dans le second, il prenait une part *virile* (*suis quidem heredibus in partem virilem*). — *Quid* du cas où l'institution comprenait à la fois des étrangers et des héritiers siens? Il y avait lieu à cumuler les deux modes de partage; et chacun

(1) MM. Demangeat, Ortolan, Brocher, *ubi supr.*

prenait sa part suivant la règle qui le concernait (Ulpien, *Reg.*, tit. XXII, § 17; Paul, *Sent.*, liv. III, tit. IV, *b*, § 8).

De l'exhérédation des enfants émancipés. — Le droit civil n'imposait aucune nécessité de les instituer ni de les exhéréder, parce qu'ils n'étaient pas héritiers siens (*quia non sunt sui heredes*) (Instit., § 3, *eod.*).

De l'exhérédation des enfants adoptifs. — Par l'effet de l'adoption, l'adoptant était, d'après le droit civil, obligé d'instituer ou d'exhéréder l'adopté, s'il ne l'avait pas émancipé avant d'avoir fait son testament. Car l'adopté était alors héritier sien de l'adoptant. Quant au père naturel qui faisait un testament après avoir donné son fils en adoption, il pouvait omettre l'enfant donné en adoption qui était sorti de sa puissance et n'était plus son héritier sien (Instit., § 4, *eod.*) (1).

De l'exhérédation des enfants posthumes.

Il y avait plusieurs classes de posthumes : 1° les posthumes *siens;* 2° les posthumes *Aquiliens;* 3° les posthumes *Velléiens;* 4° les *quasi-posthumes Velléiens.*

1° Posthumes *siens.* — On entend par posthumes siens des enfants qui naissaient *sui juris* après la mort du testateur, mais qui, nés au moment de la confection du testament, eussent été les héritiers siens du testateur.

A l'origine, les posthumes ne pouvaient être ni institués ni exhérédés, en vertu de ce principe que la personne qui *n'est pas née* est une personne *incertaine.* Or, aucune disposition testamentaire n'était permise à l'égard des personnes incertaines (*incerta persona heres institui non potest.* Ulpien, *Reg.*, tit. XXII, § 4). Le testateur n'avait donc aucun moyen de remédier à la rupture de son testament produite par la survenance d'un héritier sien.—Faisons ici une remarque : si l'enfant ne naissait pas vivant, le testament produisait tous ses effets (Instit., § 1, *eod.*).

Les Prudents ont fait admettre comme tempérament à

(1) Voy. ci-dessus, liv. I, tit. XI, p. 66.

cette règle que le père de famille pourrait, contrairement aux principes communs, instituer ou exhéréder à l'avance les posthumes héritiers siens. On a désormais considéré comme né (*pro jam nato*) l'enfant simplement conçu (Ulpien, tit. XXII, § 19).

Ce progrès était encore bien insuffisant. En effet, il pouvait arriver que le testateur fût encore vivant au moment de la naissance de l'enfant. Dans ce cas, le testament était rompu. Il pouvait encore arriver qu'au moment de la confection de son testament le testateur eût eu un fils et l'*uxor* de son fils enceinte. Dans cette situation, il n'y avait d'héritier sien que le fils qui seul pouvait être institué ou exhérédé. Plus tard, le fils mourait du vivant même du testateur. Quant au petit-fils déjà conçu, il ne naissait qu'après la mort du testateur, mais au moment de sa naissance il était héritier sien. Alors sa survenance rompait le testament où il n'avait été ni institué ni exhérédé. — Dans le premier de ces deux cas, le testateur pouvait à la rigueur refaire son testament, quoiqu'il existât souvent des empêchements de fait. Dans le second cas, la difficulté était encore plus grave, car la mort du testateur avait pu suivre celle du fils d'un laps de temps même matériellement insuffisant pour permettre au testateur de refaire un testament dans lequel il eût exhérédé le posthume, son héritier sien.

2° Posthumes *Aquiliens*. — Un nouveau progrès introduit par les Prudents fut de permettre au testateur d'instituer ou d'exhéréder les posthumes qui, au moment même de la confection du testament, étaient précédés dans la famille par leur père, mais qui, par la mort de leur auteur, pouvaient devenir plus tard, après le décès du testateur, héritiers siens, et entraîner la rupture du testament. Cette classe de posthumes fut appelée posthumes *Aquiliens*, du nom d'Aquilius Gallus, contemporain de Cicéron, et l'un de ceux qui avaient le plus contribué à l'introduction de ce nouveau droit.

Il y avait donc les anciens posthumes ou posthumes *légitimes*, et les posthumes *Aquiliens*.

Une loi *Junia Velleia* dont la date paraît remonter à la fin du règne d'Auguste (an 763, R. f.), est venue créer deux nouvelles classes de posthumes siens, les posthumes *Velléiens* et les *quasi-posthumes Velléiens*.

3° Posthumes *Velléiens*. — Les posthumes *Velléiens* comprenaient les enfants qui, conçus lors de la confection du testament, naissaient héritiers siens du vivant même du testateur (*vivente adhuc testatore*). Il y avait donc d'après Ulpien cette différence entre les posthumes *Velléiens* et les posthumes *Aquiliens* ; que les premiers naissaient héritiers siens *du vivant même du testateur*, tandis que les seconds ne naissaient et ne devenaient héritiers siens qu'*après la mort du testateur* (Ulpien, tit. XXII, § 19).

4° *Quasi-posthumes Velléiens*. — Cette classe comprenait les petits-enfants que le père de famille avait sous sa puissance du vivant même de son fils. Exemple : *Primus* a un fils et de ce fils a un petit-fils ou une petite-fille. Le petit-enfant, précédé par son père, n'est pas *suus heres* vis-à-vis du testateur. Mais si, du vivant du testateur, le fils meurt ou sort de la famille de toute autre manière, alors le petit-enfant prend sa place et acquiert ainsi par *quasi-agnation* les droits d'héritier sien (Instit., § 2, liv. II, tit. XIII).

Pour que le testament ne fût pas rompu par l'agnation des posthumes Velléiens, ou la quasi-agnation des quasi-posthumes Velléiens, il fallait user de la faculté accordée par la loi *Junia Velleia* et instituer ou exhéréder ces posthumes (Instit., *ibid.*).

De quelle manière se faisait l'exhérédation des posthumes. — Les posthumes du sexe masculin, fils ou petit-fils, devaient être exhérédés *nominativement* (*nominatim*). On se servait de la formule suivante : *quicumque mihi filius genitus fuerit exheres esto* (Instit., § 1 *in fine*).

Les posthumes du sexe féminin pouvaient être exhérédés collectivement (*inter cæteros*), pourvu qu'il leur fût

légué quelque chose, *ne videantur præteritæ esse per oblivionem* (Instit., *ibid.*).

Quel était la sanction du défaut d'exhérédation des posthumes. — L'omission d'un posthume de quelque sexe qu'il fût (*postumi vel postumæ*) entraînait la rupture du testament. Il n'y avait jamais lieu au *jus accrescendi* (Instit., § 1, *eod.*).

III. Droit prétorien.

Le droit prétorien a introduit en cette matière plusieurs innovations :

1° *Relativement à la forme de l'exhérédation.* — Le *droit civil* avait établi des différences choquantes entre les fils et les autres descendants. — *En droit prétorien*, les petits-fils doivent être exhérédés comme les fils par une désignation individuelle (*nominatim*) ; les filles seules continuent à pouvoir être exhérédées *inter cæteros* (Gaïus, C. II, § 129; Instit., § 3, *eod.*).

2° *Relativement à la sanction de l'obligation d'exhéréder.* — Le *droit civil* annulait souvent, sans nécessité, le testament qui avait été fait d'une façon parfaitement régulière dans l'origine ; ce qui se présentait dans les deux cas suivants ; ou l'enfant omis dans le testament mourait avant le testateur, ou bien il lui survivait et aurait voulu exécuter à la lettre les dernières volontés de son auteur. Dans l'une comme dans l'autre de ces hypothèses, le testament était frappé d'une nullité radicale d'après le droit civil. — Le *droit prétorien*, par une possession de biens qu'on appelait *secundum tabulas* (conforme aux tables du testament) (1), a fait produire à ce testament nul d'après le droit civil tous les effets d'un testament valable (LL. 12, 17, D., *De inf. rup.*, liv. XXVIII, tit. III).

3° *Relativement à l'étendue de l'exhérédation.*

En droit civil, la nécessité d'instituer ou d'exhéréder n'existait que par rapport aux enfants ou aux petits-enfants

(1) Voy. *infrà*, liv. III, tit. IX.

qui étaient soumis à la puissance du testateur. — *En droit prétorien*, la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation s'appliquait encore à ceux qui seraient héritiers siens, si une *capitis deminutio* n'était venue les faire sortir de la famille. Tels étaient, notamment, les enfants émancipés et ceux donnés en adoption. — Les enfants émancipés devaient être institués ou exhérédés dans le testament de leur père (Instit., § 3, *eod.*). — Au cas d'adoption, le droit prétorien s'accordait avec le droit civil pour dispenser le père naturel de l'obligation d'instituer ou d'exhéréder l'enfant adopté, tant qu'il se trouvait sous la puissance de son père adoptif. Mais le droit prétorien se séparait du droit civil du moment où l'adopté était émancipé par l'adoptant. Dans ce cas, en effet, le préteur venait au secours de l'adopté ainsi émancipé et omis dans le testament de son père naturel. Remarquons que l'adopté émancipé après la mort de son père naturel avait perdu tout droit dans la succession de celui-ci. C'était là un résultat fâcheux, auquel on remédia par la suite (Instit., § 4, *eod.*).

Si les enfants héritiers siens, et ceux qui eussent été héritiers siens sans une *capitis deminutio*, n'avaient été ni institués ni exhérédés, ils pouvaient obtenir du préteur la possession des biens de la succession contre les héritiers institués (*bonorum possessio contra tabulas*). Par cette *bonorum possessio contra tabulas*, les enfants omis faisaient annuler le testament et recueillaient l'hérédité comme s'il n'avait jamais existé de testament (Instit., § 3, *eod.*) (1). Et il n'y avait, à l'origine, aucune distinction à faire quant aux effets de la *bonorum possessio contra tabulas* entre les enfants de l'un ou de l'autre sexe (Instit., *ibid.*). Antonin le Pieux a modifié le droit sur ce point; il a décidé que les filles et les petites-filles qui obtiendraient du préteur la *bonorum possessio contra tabulas*, ne prendraient de la succession que la portion qui leur serait revenue

(1) Voy. *infrà*, liv. III, tit. IX.

par le *jus accrescendi* du droit civil (Gaïus, C. II, § 126). — Il est bon de remarquer : 1° que cette *bonorum possessio* n'appartenait pas de plein droit aux enfants omis; elle ne leur était accordée qu'autant qu'ils la réclamaient; 2° que cette *bonorum possessio* laissait subsister quelques dispositions du testament. Ainsi, les legs écrits au profit de certaines personnes étaient maintenus et exécutés, comme si le testament était valable (LL. 1, 15, D., *De legat prest.*, liv. XXXVII, tit. v). Il en était de même d'une exhérédation régulière (LL. 8, 20, D., *De bonor. possess. contr. tab.*, liv. XXXVII, tit. IV).

IV. Constitutions de Justinien.

Justinien apporte à cet état du droit plusieurs modifications importantes.

1° Il commence par simplifier les formes de l'exhérédation en écartant toute idée de formule sacramentelle à cet égard (L. 3, C., *De liber. præter.*, liv. VI, tit. XXVIII).

2° Il prohibe absolument l'exhérédation *inter cæteros*. Désormais toute exhérédation doit être faite *nominativement*, sans distinction de sexe (L. 4, C., *eod.*; Instit., § 5, *eod.*).

3° Il supprime le *jus accrescendi ad certam portionem*, relatif aux filles et aux petits-enfants *ex filio*. En conséquence l'omission d'une fille ou d'un petit-fils, aussi bien que celle d'un fils, entraîne toujours la nullité ou rupture du testament (Instit., § 5, *eod.*).

Le droit prétorien, à l'égard des enfants émancipés, se trouve confirmé (Instit., *ibid.*).

Relativement aux enfants adoptifs, Justinien ne modifie en rien les anciens principes, lorsque l'enfant est donné en adoption à un ascendant paternel ou maternel. Mais, si l'adoption a lieu avec un étranger, c'est-à-dire une personne autre que l'ascendant, l'enfant ne sort pas de sa famille naturelle, il y conserve le rang et les droits d'héritier sien. Le testament fait par le père naturel ne sera valable qu'autant que l'enfant donné en adoption

aura été institué ou exhérédé. Mais, dans ce dernier cas, l'adoptant qui n'est point l'ascendant de l'adopté n'est aucunement tenu de l'instituer ou de l'exhéréder (1).

L'exhérédation n'était pas imposée à la mère et aux ascendants maternels d'un enfant. Les femmes, en effet, n'avaient pas d'héritiers siens. Le silence de l'aïeule maternelle ou de la mère privait donc les enfants de l'hérédité, et ce silence équivalait à l'exhérédation exprimée par le père. Mais un autre recours était ménagé à l'enfant dans la plainte d'inofficiosité (Instit., § 7, *eod.*).

TITRE XIV

De l'institution d'héritier.

Définition. — L'institution est la désignation de celui ou de ceux que le testateur veut pour héritiers, c'est-à-dire pour son ou ses représentants universels, pour celui ou ceux qui doivent continuer sa personne juridique.

I. Comment doit être faite l'institution?

Première règle.—Dans le pur droit romain, l'institution d'héritier devait être placée en tête du testament (*caput testamenti*). Toute disposition écrite avant l'institution était réputée non avenue (Gaïus, C. II, § 229).

Cette règle recevait deux exceptions : — 1° L'exhérédation pouvait précéder l'institution ; — 2° Il en était de même de la dation d'un tuteur à des enfants ou descendants, du moins d'après l'avis des Proculiens. Car il y avait controverse sur ce point (Gaïus, C. II, § 231).

Justinien a abrogé la rigueur de ce droit primitif ; il a décidé que désormais la validité d'une disposition testamentaire ne dépendrait plus de la place qu'elle occupait dans le testament (Instit., § 34, liv. II, tit. xx).

Deuxième règle. — Dans l'ancien droit, l'institution d'héritier devait être conçue en des termes solennels et

(1) Voyez ci-dessus, liv. I, tit. xi, p. 67.

impératifs. Exemple : *Titius heres esto.* Était nulle l'institution faite, notamment par la formule suivante : *Titium heredem facio.* Constantin II a supprimé la nécessité de ces formules solennelles (L. 15, C., *De testam.*, liv. VI, tit. XXIII).

II. Qui peut être institué héritier ?

Le testateur peut instituer héritiers ceux avec qui il a faction de testament (Ulpien, *Reg.*, tit. XXII, § 1). Ce droit d'instituer un héritier a été désigné par les interprètes sous l'expression de *testamenti factio active,* en opposition à la *testamenti factio passive* qui est le droit d'être institué héritier.

I. Ne peuvent pas être institués héritiers, n'ont pas la *testamenti factio passive :*

1° Les pérégrins, les déportés, les déditices (Ulpien, § 2);

2° Les esclaves sans maître, ou ceux dont le maître ne pourrait pas être institué par le testateur (1).

3° Les personnes *incertaines,* c'est-à-dire les personnes dont le testateur ne peut avoir une idée bien déterminée. L'institution est incertaine lorsque, par exemple, le testateur a institué le premier qui viendra à ses funérailles (Ulpien, tit. XXII, § 4 ; Gaïus, C. II, § 238). Au contraire, n'est pas incertaine la personne ainsi désignée : *le premier de mes parents* qui viendra à mes funérailles, parce que je puis me faire une idée déterminée de tous mes parents. — Il est bon de remarquer qu'il n'est pas nécessaire que le testateur connaisse la personne qu'il institue. Il pourra donc très-valablement instituer une personne qu'il n'a jamais vue, par exemple, les enfants d'un frère, nés à l'étranger (Instit., § 12, liv. II, tit. XIV).

Une exception a été portée à cette règle en faveur des posthumes siens (2).

Justinien a décidé que désormais on pourrait instituer une personne incertaine, pourvu que cette personne pût être reconnue (Instit., §§ 25, 27, liv. II, tit. XX);

(1) Voy. ci-dessous, p. 214 et suiv.
(2) Voy. ci-dessus, p. 205 et suiv.

4° Les municipalités et leurs colléges, *quoniam incertum corpus est* (Ulpien, § 5). Cette prohibition a été levée par l'empereur Léon (L. 12, C., *De hered. instit.*, liv. VI, tit. XXIV);

5° Les temples, sauf quelques exceptions énumérées par Ulpien (§ 6). Depuis Constantin, l'institution d'une église est valable (L. 1, C., *De sacrosanct. eccl.*, liv. I, tit. II);

6° Les femmes, en vertu de la loi *Voconia*. Cette loi, rendue en l'an 585 de Rome, a décidé que les femmes ne pourraient pas être instituées par un citoyen romain porté sur la première classe du cens, c'est-à-dire par un testateur ayant plus de 100,000 as (Gaïus, C. II, § 274) (1).— Remarquons que la loi *Voconia* ne touchait pas à la capacité des femmes de recevoir par actes entre-vifs et de succéder *ab intestat*. Sous Justinien, la loi *Voconia* a cessé d'être en vigueur (2);

7° Les apostats et les hérétiques (L. 4, § 2, C., *De heretic.*, liv. I, tit. V).

II. D'autres personnes peuvent être instituées, mais n'ont pas la faculté de recueillir, soit en totalité, soit en partie le bénéfice de l'institution. On a donc distingué de la *testamenti factio* le *jus capiendi ex testamento*.

Il y avait un grand intérêt pratique à le faire, car la *testamenti factio* était toujours requise, à peine de nullité de l'institution, au jour même de la confection du testament,

(1) La loi *Voconia* défendait-elle d'instituer la femme héritière avec un ou plusieurs héritiers, de telle sorte que, par le partage, elle ne pût recueillir plus que le taux fixé? La question est controversée entre les commentateurs modernes. A notre avis, la prohibition devait être absolue parce que le prédécès, le refus ou l'incapacité des cohéritiers de la femme pouvaient toujours, par l'effet du droit d'accroissement, lui donner le tout; elle avait ainsi une vocation à l'universalité des biens; ce que la loi avait précisément pour but de défendre. *Sic*, M. Boissonade, *Hist. des dr. de l'époux survivant*, p. 74 et 75. — Nous croyons également avec M. Lyon-Caen, sur Accarias, *Rev. crit. de législat.*, t. III, 1874, p. 396 et la plupart des interprètes, contrairement à la nouvelle théorie émise par M. Accarias dans la seconde édition de son excellent traité de droit romain (n° 328, p. 780, note 4), que la prohibition de la loi *Voconia* était tellement absolue, qu'elle empêchait un testateur de la première classe d'instituer sa propre fille, même pour une part égale à sa légitime.

(2) Voy., pour plus de détails, sur la loi Voconia, MM. Vangerow, *Ueber die lex Voconia*; Giraud, *Du vrai caractère de la loi Voconia chez les Romains*; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2e édit.), t. I, n° 328, p. 780, note 4.

tandis que le *jus capiendi* pouvait se réaliser soit à l'époque du décès du testateur si l'institution était pure et simple, soit au jour de l'avénement de la condition ou dans les cent jours suivants, si l'institution était conditionnelle.

1° Les Latins-Juniens ont été privés en totalité du *jus capiendi* par la loi *Junia Norbana*. Sous Justinien cette déchéance a disparu avec la classe des Latins-Juniens (Ulpien, *Règl.*, tit. XXII, § 3).

2° Les célibataires (*cœlibes*)(par là il fallait entendre tout individu non marié, fût-il veuf ou divorcé) ont été frappés de la même incapacité par la loi *Julia* (Ulpien, *ibid.*).

3° Les *orbi*, c'est-à-dire ceux qui, étant mariés, n'avaient pas au moins un enfant légitime vivant, ne pouvaient, d'après la loi *Papia Poppæa*, recueillir que la moitié des libéralités testamentaires qui leur étaient faites (Gaïus, C. II, § 286).

Les incapacités contre les célibataires et les personnes mariées mais sans enfants faisaient partie d'un système de dispositions destinées à encourager les mariages. Ces lois *Julia* et *Papia Poppæa*, connues sous le nom de lois *caducaires*, ont été supprimées par les fils de Constantin (L. 1, C., *De inf. pœn. cœlib.*, liv. VIII, tit. LVIII) (1).

Sous Justinien la distinction entre la *testamenti factio* et le *jus capiendi* a complétement disparu de la législation (Instit., § 4, liv. II, tit. XIX).

De l'institution des esclaves. — On peut instituer un esclave dont on est *plein* propriétaire, — un esclave dont on est *nu* propriétaire, — un esclave dont on est copropriétaire par indivis,—un esclave qui appartient à autrui, — un esclave qui appartient à une hérédité jacente,—un esclave qui appartient à plusieurs maîtres.

1° Un testateur institue un esclave dont il est plein propriétaire. — Dans la législation de Justinien, l'institu-

(1) Voy. encore, sur les lois caducaires, *infrà*, liv. II, tit. XX, p. 266 et suiv.

tion emporte par elle-même affranchissement tacite. Si la dation de la liberté est impossible, l'institution de l'esclave n'est pas valable (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XIV).

Une femme accusée d'adultère avec un de ses esclaves ne peut ni affranchir ni instituer cet esclave. Cette prohibition est fondée sur un motif de décence et de bonnes mœurs (Instit., *ibid.*).

Lorsque l'esclave institué est resté sous la puissance du testateur jusqu'à la mort de ce dernier, il devient en même temps libre et héritier nécessaire. Si, au contraire, il a été affranchi par le testateur de son vivant, comme le testament ne lui défère plus simultanément la liberté et l'hérédité, il n'est plus un *heres necessarius*, il peut à son gré faire adition d'hérédité (*suo arbitrio adire hereditatem potest*). Si l'esclave institué a été aliéné par le testateur, l'affranchissement se trouve par là révoqué, l'esclave acquiert l'hérédité à son nouveau maître, par l'adition faite d'après son ordre (Instit., § 1, *eod.*).

2° Un testateur institue un esclave dont il est nu propriétaire.—Dans le droit de Justinien cette institution est valable, seulement l'esclave sera tenu de servir l'usufruitier pendant tout le temps de la durée de l'usufruit (*salvo jure fructuarii*). A la mort de l'usufruitier, il devient libre et recueille pour lui-même le bénéfice de l'hérédité. (L. 1, C., *Comm. de manum.*, liv. VII, tit. XV).—Quant à l'usufruitier d'un esclave, il ne peut l'affranchir; s'il l'institue héritier, le bénéfice de l'institution profite non à l'esclave, mais au nu propriétaire (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XIV).

3° Un testateur institue un esclave dont il est copropriétaire par indivis.—Dans le droit de Justinien il faut distinguer si l'esclave commun a été institué *cum libertate* ou *sine libertate*. Dans le premier cas, l'esclave devient libre et héritier nécessaire du défunt; cependant il devra indemniser ses autres copropriétaires. Dans le second cas, il y a une question d'intention à apprécier. Le testateur a-t-il voulu affranchir l'esclave, a-t-il eu au con-

traire la volonté de faire parvenir son hérédité à ses copropriétaires? La présomption dans le doute est pour l'affranchissement.

4° Un testateur institue un esclave qui appartient à autrui.—L'institution profitera le plus souvent à un inconnu. En effet, l'esclave peut changer de maître après la confection du testament; alors l'institution d'héritier *ambulat cum servo*, se transporte avec l'esclave au maître qui lui donnera l'ordre de faire adition d'hérédité (Instit., § 1, liv. II, tit. XIV).—Il est possible que le testateur devienne propriétaire de l'esclave d'autrui qu'il a institué. Alors l'institution est nulle.

5° Un testateur institue un esclave qui appartient à une hérédité jacente. Un testateur peut instituer l'esclave dépendant d'une hérédité qui n'a pas encore été acceptée. L'hérédité jacente soutient la personne du défunt (*sustinet personam defuncti*) (1). Une seule condition est exigée : le testateur doit avoir faction de testament avec le défunt (Instit., § 2, *eod.*) : peu importe qu'il n'ait pas plus tard faction de testament avec l'héritier futur. Voici comment il peut arriver que le testateur ait faction de testament avec le défunt et qu'il ne l'ait pas avec l'héritier futur. Un exemple suffira. Le maître défunt était militaire, et comme tel il a pu instituer héritier un pérégrin. Il meurt, et sa succession devient jacente. Alors un citoyen romain institue héritier un esclave appartenant à cette hérédité jacente. Cette institution sera valable, bien que le testateur n'ait pas faction de testament avec le pérégrin.

6° Un testateur institue un esclave qui appartient à plusieurs maîtres.—Dans ce cas, l'esclave acquiert l'hérédité à chacun des maîtres par l'ordre desquels il a fait adition, en proportion de leurs droits de propriété sur lui (Instit., § 3, *eod.*).

(1) Voy., sur le sens et l'importance pratique de cette règle « *hereditas sustinet personam defuncti*, » M. Bufnoir, *Théor. de la condition*, p. 440-447.

III. Comment l'hérédité peut-elle être distribuée entre plusieurs institués ?

Un testateur peut instituer un seul héritier ou plusieurs, en tel nombre qu'il veut, jusqu'à l'infini (Instit., § 4, *eod.*). Remarquons toutefois que l'une ou l'autre institution comprend forcément l'hérédité entière, puisqu'il n'est pas permis au testateur de mourir *partim testat* et *partim intestat*. Le concours des héritiers *testamentaires* et des héritiers *ab intestat* est chose impossible. Chez les Romains l'héritier est le continuateur de la personne. Or la personne ne peut se séparer, se diviser. L'héritier doit donc être appelé à l'universalité des biens du défunt. L'institution de plusieurs héritiers n'est point une négation de ce principe. Si les héritiers appelés à l'hérédité acceptent, ils se partagent l'hérédité. C'est alors une nécessité qui se produit par suite du concours et de l'opposition de droits égaux et rivaux. Cette idée apparaît avec la plus grande évidence, lorsque le testateur a pris lui-même le soin de désigner la part de chaque héritier. Cette désignation des parts n'a rien d'absolu. En effet, il peut arriver que tous les héritiers institués *moins un* refusent l'hérédité. Dans ce cas celui qui accepte recueille l'hérédité entière, bien qu'il n'ait été appelé par l'institution qu'à une partie de l'hérédité (Instit., § 5, *eod.*).

Ainsi l'hérédité peut n'appartenir qu'à un seul ou se partager entre plusieurs.

En cas de partage, voici comment on procédait :

Division de l'hérédité.—La division généralement admise était celle de l'*as* pour unité. Ainsi dire qu'un héritier était institué *ex asse*, c'était dire qu'il était appelé à la totalité de la succession. L'as se partageait en douze parties égales. Chaque douzième s'appelait once (*uncia*).

Au surplus cette détermination légale de la valeur de l'once n'a rien, comme nous le verrons, qui s'impose au testateur.

Voici, d'après les Institutes (§ 5, *eod.*), les expressions qui désignaient les fractions de l'as :

Uncia,	1/12	de l'as.	1 once.
Sextans,	2/12 ou 1/6	de l'as.	2 onces.
Quadrans,	3/12 ou 1/4	de l'as.	3 onces.
Triens,	4/12 ou 1/3	de l'as.	4 onces.
Quincunx,	5/12	de l'as.	5 onces.
Semis,	6/12 ou 1/2	de l'as.	6 onces.
Septunx,	7/12	de l'as.	7 onces.
Bes,	8/12 ou 2/3	de l'as.	8 onces.
Dodrans,	9/12 ou 3/4	de l'as.	9 onces.
Dextans,	10/12 ou 5/6	de l'as.	10 onces.
Deunx,	11/12	de l'as.	11 onces.
As.			12 onces.

Ainsi un testateur a institué deux héritiers, il a assigné à l'un 3 onces sans dire la part de l'autre ; elle sera de plein droit censée de 9 onces.

Le testateur est libre cependant d'adopter une autre division. C'est ce qui arrive dans les hypothèses suivantes :

1° Le testateur a distribué *moins* de 12 onces. Exemple : il a institué deux héritiers, *Primus*, pour 7 onces, et *Secundus* pour 3 onces. L'once est alors substituée à l'*as* comme unité. L'hérédité entière se compose de 10 onces. *Primus* prendra 7/10 et *Secundus* 3/10.

2° Le testateur a distribué *plus* de 12. Exemple : il a institué deux héritiers, *Primus* pour 9 onces, *Secundus* pour 7 onces. L'hérédité se partagera en 16 onces, *Primus* prendra 9/16 et *Secundus* 7/16.

3° Le testateur a institué trois héritiers, *Primus* pour 7 onces, *Secundus* pour 5 onces, *Tertius* sans assignation de part. Dans ce cas, on supposait que le testateur avait eu l'intention de diviser son hérédité en 2 as ou 24 onces. L'héritier sans part désignée avait donc 12 onces, c'est-à-dire la moitié de l'hérédité.

Si le testateur a distribué plus de 24 onces, alors l'hérédité est censée divisée en 36 onces (Instit., §§ 6-9, *eod.*).

Le testateur institue conjointement (*conjunctim*) plusieurs héritiers ; les héritiers groupés ensemble dans la même disposition ne comptent que pour *un*. Exemple : le testa-

teur dit : *Primus heres esto;* ensuite, *Secundus et Tertius heredes sunto.* L'hérédité ne se partagera pas en tiers, mais en moitié. *Primus* aura une moitié, *Secundus* et *Tertius* l'autre moitié à eux deux (L. 59, § 2, D., *De hered. inst.*, liv. XXVIII, tit. v).

IV. Des modalités qui peuvent ou ne peuvent pas être apposées à l'institution.

De la condition (1).—L'institution d'héritier se fait d'ordinaire *purement* et *simplement* (*pure*). Mais elle peut être subordonnée par la volonté du testateur à la réalisation d'un événement futur et incertain. Elle est alors *sous condition* (*sub conditione*) (Instit., § 9, *eod.*). L'institution conditionnelle ne viole pas le principe qu'on ne peut mourir partie *testat* et partie *intestat*. En effet, pendant tout le temps que la condition met à se réaliser, la succession n'est dévolue à personne (*jacens hereditas*). Les héritiers *ab intestat* ne viennent à l'hérédité que lorsqu'il n'y a plus d'espoir d'avoir un héritier testamentaire. Si la condition s'accomplit, l'héritier est censé avoir toujours été héritier; si elle fait défaut, l'institution s'efface, et la succession n'a jamais été qu'une succession *ab intestat* (2).— Il est bon de remarquer qu'il ne s'agit que de la condition suspensive. La condition résolutoire n'est pas admise dans une institution d'héritier; elle violerait ce principe qu'une fois héritier, on ne peut pas cesser de l'être.

Quid de la condition impossible, contraire aux lois et aux bonnes mœurs? Exemple : *Titius heres esto, si cœlum digito tetigerit* ou *si homicidium fecerit.* En matière d'obligations, de conventions entre-vifs, de telles conditions entraînent la nullité radicale de l'obligation elle-même. En matière de testament, elles sont réputées non écrites (*pro non scriptis habentur*), et n'empêchent pas l'institution d'être pure

(1) Comp., sur la condition dans les obligations, *infrà*, liv. III, tit. XIII.
(2) Voy., sur les effets de la condition suspensive dans les institutions d'héritier, M. Bufnoir, *Théor. de la condition*, p. 431 et suiv.; 438 et suiv.

et simple (Instit., § 10, *eod.*). — Telle était, d'ailleurs, l'opinion des Sabiniens qui a fini par prévaloir malgré la résistance des Proculiens. On justifiait cette différence par les motifs suivants : — 1° les conventions entre-vifs peuvent toujours être recommencées. Au contraire, le testament d'un défunt est un acte définitif; — 2° le contractant qui dans un acte entre-vifs a laissé se glisser une clause illicite, contraire aux lois et aux bonnes mœurs, est coupable d'une négligence; il doit donc en supporter les conséquences. Au contraire, l'institué n'a pas concouru à la confection du testament; il ne doit donc pas souffrir d'une faute commise par le testateur seul.

Quid si le testateur a subordonné l'institution à plusieurs conditions? — Les a-t-il imposées cumulativement (*coniunctim*)? Exemple : si telle *et* telle chose sont faites. Il faut que toutes les conditions soient accomplies. — Les a-t-il imposées alternativement (*disjunctim*)? Exemple : si telle *ou* telle chose est faite. Il suffit que l'une ou l'autre indifféremment soit accomplie (Instit., § 11, *eod.*).

Du terme. — Le terme est certain ou incertain (1).

Du terme certain (*dies certus*). — C'est celui qui arrive dans un délai fixe que l'on peut calculer d'avance et à coup sûr. Le terme certain peut affecter l'institution de deux manières : ou bien l'institution est faite *ex certo die*, c'est-à-dire à partir d'un certain temps; ou bien elle est faite *ad certum diem*, c'est-à-dire pour un temps. Maintenir, en effet, la validité de semblables clauses, c'eût été violer la règle : *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest.* Aussi considère-t-on le terme certain comme *non écrit* et donne-t-on à l'institution l'effet d'une institution pure et simple (Instit., § 9 *in fine*).

Différence entre le terme et la condition. — Lorsque l'institution est conditionnelle, rien n'est fixé à l'avance; il y a une incertitude qui se prolonge pendant tout le temps que la condition met à se réaliser. A toute heure, à tout

(1) Voy., en ce qui concerne les effets du terme dans les obligations, *infrà*, liv. III, tit. XIII.

instant la condition peut s'accomplir ou défaillir, et avec elle l'institution. Au contraire, lorsque l'institution est à terme, il n'y a aucune incertitude sur l'effet de la disposition, sur l'existence du droit en lui-même. On sait que, soit pendant un certain délai, soit à partir d'une certaine époque, il n'y aura pas d'héritier testamentaire.

Du terme incertain (*dies incertus*). — Le terme incertain est celui qui doit arriver nécessairement, mais dans un délai plus ou moins rapproché, qu'il est impossible de calculer avec certitude. Exemple : la mort d'un tiers. Dans les dispositions testamentaires le terme incertain est considéré comme une condition (*dies incertus conditionem in testamento facit*) (1).

TITRE XV

De la substitution vulgaire

Il y a quatre espèces de substitutions : la substitution vulgaire, la substitution pupillaire, la substitution exemplaire ou quasi-pupillaire, la substitution fidéicommissaire.

1. Substitution vulgaire.

Définition. — La substitution vulgaire est celle par laquelle un testateur, dans la crainte de mourir intestat, désigne, après avoir institué un héritier et pour le cas où cet institué ne pourrait pas ou ne voudrait pas se porter héritier, une ou plusieurs autres personnes auxquelles doit revenir l'hérédité. Ainsi le testateur a dit : *Titius heres esto; si Titius heres non erit, Seius heres esto.* Titius, qui est appelé au premier degré, est l'institué proprement dit; Séius, qui ne doit venir qu'en second ordre, est le substitué vulgaire. *Vulgaire*, parce que ce genre de substitution est le plus ordinairement employé (Instit., *pr.*, liv. II, tit. xv).

(1) Sur la portée de cette règle : *Dies incertus conditionem in testamento facit*, V. M. Machelard, *Rev. de législat.*, 1873, p. 325 et suiv.

Le testateur est libre d'écrire à la suite les unes des autres un aussi grand nombre de substitutions qu'il le désire. Au dernier rang et subsidiairement il peut appeler à l'hérédité un de ses esclaves qui deviendra son héritier nécessaire (Instit., *ibid.*).

Différentes manières de faire une substitution. — Le testateur peut nommer un seul substitué à un seul institué, — ou bien un seul substitué à plusieurs institués, — ou plusieurs substitués à un seul institué. Le testateur peut encore substituer entre eux les institués eux-mêmes (*vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt*) (Inst., § 1, *eod.*).

Effet de la substitution des institués entre eux. — Cette substitution réciproque a pour but de faire recueillir par ceux qui deviennent héritiers, et qui existent encore au moment de la défaillance, la part de l'héritier qui n'arrive pas à l'hérédité. Mais le droit d'accroissement, en l'absence de toute substitution, ne produirait-il pas le même résultat ?

Utilité de la distinction entre le droit d'accroissement (jus accrescendi) et le droit de substitution (jus substitutionis).

Sous l'empire des lois caducaires, les parts caduques n'étaient dévolues par droit d'accroissement qu'à une certaine classe de personnes, aux héritiers qui étaient *patres*, et à leur défaut au fisc. La substitution avait pour but d'éviter cet effet, et de faire profiter tous les héritiers indistinctement, même ceux qui n'étaient pas *patres*, de la part caduque.

Après l'abolition des lois caducaires, cette distinction conserve encore de l'utilité. Ainsi, la substitution est une institution conditionnelle, une *cause nouvelle* d'acquisition qui exige, au moment où elle se produit, des conditions de capacité chez celui qui doit bénéficier de la défaillance de l'un des héritiers. L'accroissement n'est que le *développement naturel* et *forcé* d'un droit antérieur. Exemple : supposons trois héritiers, *Primus*, *Secundus*, *Tertius*. *Primus* accepte l'hérédité et meurt avant que *Secundus* et

Tertius aient pris parti. Plus tard, *Secundus* fait adition d'hérédité, et *Tertius* renonce. En l'absence de la substitution, et par application du droit d'accroissement, la part de *Tertius* profiterait aux héritiers de *Primus* comme à *Secundus*. En cas de substitution, les héritiers de *Primus* ne recueilleraient aucun bénéfice de la défaillance de *Tertius* produite après la mort de leur père. *Secundus* prendrait seul, *jure substitutionis*, la part défaillante de *Tertius* (L. 80, D., *De adq. vel om. hered.*, liv. XXIX, tit. II).

Une autre différence pratique se présente dans l'hypothèse suivante : de deux héritiers institués, l'un est esclave. Cet esclave fait adition par ordre de son maître *Primus*, et lui acquiert l'hérédité. Plus tard, l'esclave change de maître et passe sous la puissance de *Secundus*. A ce moment, le cohéritier de l'esclave fait défaut. Que deviendra la part défaillante ? En l'absence d'une substitution réciproque, elle appartiendra *jure accrescendi* à l'ancien maître, à *Primus*. Au contraire, si le testateur a fait cette substitution, le nouveau maître *Secundus* profitera de la défaillance (L. 35, *pr.*; L. 80, § 2, D., *De adq. vel om. hered.*, liv. XXIX, tit. II).

Enfin quelques auteurs prétendent que l'accroissement est *forcé*, tandis que la substitution est *volontaire*; et que l'héritier qui a fait adition de l'institution au premier degré, a la faculté de profiter ou non de la substitution (1).

Partage de la part vacante entre les institués en cas de substitution réciproque. — A moins de disposition contraire, les héritiers se partagent la part vacante proportionnellement aux parts qu'ils ont dans l'institution. Ainsi un testateur a institué trois héritiers : *Primus* pour 3 onces, *Secundus* pour 5 ; *Tertius* pour 4 ; il les a substitués entre eux sans indication de part dans la substitution (*nullam mentionem in substitutione partium habuerit*).

(1) *Sic*, M. Ortolan, t. II, n° 743-1°. — *Contra*, MM. Machelard. *Dissert. sur l'accroissement*, p. 232 ; Laubé, *à son cours*. — Comp. M. Demangeat, t. I, p. 651.

Tertius fait défaut : sa part se partagera en huit parties, dont 3 reviendront à *Primus* et 5 à *Secundus*. Ce sont les mêmes fractions que pour l'institution (*quas in institutione expressit*) (Instit., § 2, liv. II, tit. xv).

Explication de la règle : Substitutus substituto censetur substitutus instituto. — Le substitué à un substitué est censé substitué à l'institué lui-même : par exemple, *Primus* est institué héritier ; *Secundus* est aussi institué héritier, de plus il est substitué à *Primus ; Tertius* n'est pas institué, mais il est substitué à *Secundus*. Quoique, à ne consulter que la lettre du testament, *Tertius* ne soit substitué qu'à *Secundus*, il est censé l'être tacitement à *Primus*, sans distinguer si ce sont les droits de cet institué ou de son substitué immédiat qui sont devenus caducs les premiers.

Intérêt de cette règle. — Sous l'empire des *lois caducaires*, cette règle avait une grande importance. — *Sous Justinien*, elle conserve encore une utilité pour le cas où on suppose un institué en plus. Exemple : *Quartus* est institué, mais il n'est pas substitué. Si donc *Tertius* substitué *expressément* à *Secundus* l'est *tacitement* à *Primus*, il profitera seul, à l'exclusion de *Quartus*, de la défaillance de *Primus*. — Si *Tertius* n'était pas substitué tacitement à *Primus*, il y aurait alors un accroissement qui profiterait à *Quartus* comme à *Tertius*.

Exclusion de l'institué par le substitué. — En général, on suit pour la dévolution de l'hérédité l'ordre des institutions. L'institué doit passer avant le substitué. Il y a cependant une exception établie par la loi *Ælia Sentia* relativement à l'esclave. Si un testateur insolvable a institué *en première ligne* un esclave, et qu'il lui ait substitué d'autres héritiers, l'esclave ne viendra qu'après les substitués, au dernier rang, et pour le cas où tous les substitués auront renoncé à l'hérédité (L. 57, D., *De hered. instit.*, liv. XXVIII, tit. v).

Concours entre l'héritier et le substitué. — Dans un

certain nombre de cas exceptionnels, le substitué vient en concours avec l'institué. Je n'en citerai que deux exemples : 1° Le testateur institue *Titius* et lui impose l'obligation de faire *crétion*, sans cependant prononcer une exhérédation formelle, comme sanction de sa volonté. Seulement il lui substitue *Secundus* au cas où la crétion n'aurait pas lieu. *Titius* ne fait pas crétion, il n'en reste pas moins héritier. Mais le substitué réclame le bénéfice de la substitution dont la condition est réalisée, puisqu'elle a été faite pour le cas où il n'y aurait pas crétion de la part de l'institué. La succession se partage alors entre l'institué et le substitué (*ambo æquis partibus heredes fiebant*) (Gaïus, C. II, § 177). Il est bon de remarquer que cette décision a été abandonnée sous Marc-Aurèle, qui dans une pareille hypothèse attribue à l'institué la totalité de l'hérédité (Ulpien, *Reg.*, tit. XXII, § 34). — 2° Un testateur institue *Parthénius* qu'il croit libre, et qui est en réalité l'esclave d'autrui. Il lui substitue *Mœvius*. *Parthénius* fait adition d'hérédité par ordre de son maître, il semble dès lors exclure *Mœvius*. Cependant *Mœvius* peut soutenir que la condition apposée à sa substitution est réalisée, car si l'institué devient héritier, il ne le devient pas dans le sens de la volonté du testateur, c'est-à-dire pour son avantage personnel. Tibère a tranché la difficulté en accordant à l'héritier une moitié de l'hérédité et au substitué l'autre moitié (*substitutus in partem admittitur*) (Instit., § 4, liv. II, tit. XV).

TITRE XVI

II. De la substitution pupillaire.

Définition. — La substitution pupillaire est l'institution d'un héritier, faite par le père de famille dans son propre testament, pour l'hérédité du fils qu'il a sous sa puis-

sance, au cas où ce fils devenu *sui juris* après sa mort mourrait avant d'atteindre l'âge de puberté (*moribus institutum est ut, cum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant*). Exemple : Que *Titius*, mon fils, soit mon héritier ; et, s'il n'est pas mon héritier, ou qu'il le devienne, mais qu'il meure avant d'avoir atteint sa puberté, que *Séius* soit héritier (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XVI).

Qui peut faire une substitution pupillaire ? — Le droit de faire une substitution pupillaire appartient exclusivement au père de famille. C'est un attribut de la puissance paternelle qui ne saurait, par conséquent, appartenir ni à la mère, ni aux ascendants dépourvus de puissance.

A quelles personnes s'applique une substitution pupillaire ? — Aux enfants ou petits-enfants qui sont sous la puissance immédiate du testateur (*quos in potestate quis habet*), et qui, à sa mort, doivent devenir *sui juris*. Les posthumes, proprement dits et Velléiens, sont mis au même rang que les enfants déjà nés (L. 2, D., *De vul. et pup. subst.*, liv. XXVIII, tit. VI). — *Observations :* 1° La substitution pupillaire n'a jamais été appliquée aux enfants émancipés. 2° Le père de famille peut substituer pupillairement à son fils, même lorsqu'il l'a exhérédé (Instit., § 4, *eod.*).

Sous quelles conditions ?—Le père de famille ne peut faire une substitution pupillaire, c'est-à-dire le testament de son fils, sans faire un testament pour sa propre hérédité (*nisi et sibi faciat*). Car le testament pupillaire est une partie et une suite du testament paternel (*pars et sequela*). Ce principe entraîne la conséquence suivante : si le testament du père ne produit pas d'effet (*non valeat*), la substitution pupillaire est du même coup anéantie (*nec valebit*) (Instit., § 5, liv. II, tit. XVI). Cependant le moindre effet conservé au testament soit par le droit civil, soit même par le droit prétorien, suffit pour que la substitu-

tion pupillaire soit valable et efficace. A ce point de vue donc on peut dire qu'il n'y a qu'un seul testament. C'est d'ailleurs le point de vue dominant.

Mais à d'autres égards il y a deux testaments, car l'hérédité du fils peut se présenter avec une individualité distincte (Instit., § 2, *eod.*). Ainsi, le testateur est libre de faire d'abord son propre testament, et au bout d'un intervalle de temps considérable il peut procéder à la substitution. Le testament du père peut être *verbal*, celui du fils *nuncupatif*, etc.

Observation.—Certaines précautions peuvent être prises par le testateur qui ne veut pas faire connaître à l'avance les dispositions de la substitution pupillaire, afin de ne pas exposer la vie du pupille à certains dangers. Il peut fermer la partie du testament qui contient la substitution pupillaire et prescrire qu'elle ne soit ouverte qu'après la mort du fils (Instit., § 3, *eod.*).

De quelle manière peut être faite la substitution pupillaire?—Le testateur qui a plusieurs enfants impubères peut faire une substitution pupillaire à chacun, ou bien n'en faire une que pour le dernier qui mourra impubère. Dans le premier cas, aucun de ses enfants ne mourra intestat; dans le second cas, ses enfants se succéderont entre eux *jure legitimarum hereditatum*, et le substitué trouvera dans la succession du dernier mourant impubère les successions de tous les autres (Instit., § 6, *eod.*).

Causes de déchéance particulières à la substitution pupillaire.— La substitution pupillaire s'évanouit : — 1° si l'enfant, devenu *sui juris* à la mort de son père, meurt après avoir atteint l'âge de puberté, c'est-à-dire après douze ans pour les femmes, et quatorze ans pour les hommes (*si hoc tempus excesserint*. Instit., § 8, *eod.*); — 2° si l'enfant meurt avant le testateur; — 3° si l'enfant subit une diminution de tête quelconque soit avant, soit après la mort du testateur; — 4° si le substitué néglige de demander dans l'année même de la mort du testateur

un tuteur pour l'impubère (L. 10, C., *De legit. hered.*, liv. VI, tit. LVIII).

III. Substitution exemplaire ou quasi-pupillaire.

Le père de famille qui a un enfant pubère, mais privé de raison (*furiosus*), a tout lieu de craindre que, par suite de cet état de démence, son enfant ne meure intestat. Avant Justinien, il fallait au père de famille pour faire, en pareil cas, le testament de son fils une autorisation spéciale de l'Empereur. Justinien dans une constitution au Code a introduit, pour les personnes *mente captis*, une substitution analogue à la substitution pupillaire (*ad exemplum pupillaris substitutionis*), et que les commentateurs ont nommée pour cette raison substitution *exemplaire* ou *quasi-pupillaire* (Instit., § 1, *eod.*; L. 9, C., *De impub. et aliis subst.*, liv. VI, tit. XXVI) (1).

Différences entre la substitution pupillaire et la substitution exemplaire ou quasi-pupillaire. — 1° Le droit de faire une substitution pupillaire appartient exclusivement au père de famille. Au contraire, la substitution *exemplaire* peut être faite par tout ascendant soit paternel, soit maternel (Instit., § 1, *eod.*). — 2° Le père de famille, dans la substitution pupillaire, choisit librement l'héritier qu'il donne à son fils impubère. Dans la substitution exemplaire, le choix de l'ascendant est limité à un certain nombre de personnes (*certas personas substituere*). Il est obligé de prendre le substitué d'abord parmi les enfants du fou; s'il n'a pas d'enfants, parmi ses frères ou sœurs; ce n'est qu'à défaut d'enfants, de frères ou de sœurs qu'il a liberté de choix (Instit., *ibid.*) (2). — 3° La substitution pupillaire s'évanouit dès que l'enfant atteint

(1) Nous croyons avec la plupart des interprètes (V. notamment M. Van Wetter, t. II, § 329, p. 308), que l'ascendant a le droit de substituer pour toute la fortune du descendant en démence, et non pour les seuls biens qu'il transmet à ce descendant. V. toutefois, en sens contraire, MM. Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 456, anm.; Namur, t. II, § 440, p. 494 (2e édit.); Demangeat, t. I, p. 678; Maynz, t. III, § 469, p. 329, texte et note 5.

(2) Quelques auteurs pensent qu'à défaut de descendants, le père est libre de choisir un étranger. V. notamment M. Maynz, t. III, § 470, p. 335, texte et note 7.

l'âge de puberté. La substitution exemplaire est infirmée par cela seul que l'enfant recouvre la raison (*sin autem resipuerit, eamdem substitutionem infirmari*. Instit., § 1, liv. II, tit. XVI).

IV. Substitution fidéicommissaire.

Un testateur qui a institué un étranger (*extraneus*) pubère ou impubère, ou un de ses fils pubère (*filio puberi*), peut, après l'avoir autorisé à jouir de tous les biens qu'il laissera dans sa succession, le charger de rendre à une personne désignée tout ou partie de l'hérédité qu'il lui a transmise. Si le terme de la restitution est la mort de l'institué, il y a une substitution fidéicommissaire (Instit., § 9).

Différence entre la substitution fidéicommissaire et la substitution pupillaire. — Le substitué pupillaire devient l'héritier du pupille; il recueille dans la succession du pupille tous les biens qui s'y trouvent.—Le fidéicommissaire n'est pas l'héritier du grevé de restitution; il ne succède qu'au testateur, et ne recueille dans la succession du grevé que les biens qui proviennent du testateur. D'où il résulte que le testateur qui peut donner un substitué pupillaire à l'enfant même qu'il exhérède, ne peut faire un fidéicommis qu'à la condition d'instituer le grevé.

TITRE XVII

De quelles manières sont infirmés les testaments

Un testament légalement fait dans le principe (*jure factum*) peut être invalidé par des causes postérieures: ainsi le testament peut être *rompu*, ou devenir *inutile* (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XVII).

I. Dans quels cas un testament est rompu (*ruptum*)? — 1° Par l'agnation ou la quasi-agnation postérieure d'un héritier sien qui n'a été ni institué ni légalement exhérédé (Instit., § 1, *eod.*).

2° Par la confection d'un testament postérieur. En effet, il est impossible de mourir avec deux testaments, puisque chaque testament doit disposer de l'hérédité tout entière. Mais, pour que ce résultat se produise, il faut que le second testament soit régulièrement fait (*jure perfectum*) avec toutes les conditions de formes et de capacité. Dès l'instant que ce second testament existe, le premier est détruit. Peu importe qu'il devienne dans la suite inefficace ou qu'il soit annulé. C'est ce qui arrive, par exemple, lorsque, dans ce second testament, le testateur a institué un héritier sous condition. Si la condition ne se réalise pas, le second testament est annulé. Mais le premier ne revit pas. Il y a donc lieu à la dévolution de la succession *ab intestat* (Instit., §§ 2, 3, *eod.*).

II. Dans quel cas un testament est inutile (*irritum*) ? — Par la diminution de tête du testateur (*capite deminutus sit*) (Instit., §§ 4, 5, *eod.*).

Remarquons que le testament, devenu inutile par la diminution de tête, n'est pas dénué de tout effet (*non tamen per omnia inutile*). Si le testament a été revêtu des cachets de sept témoins, l'héritier institué pourra obtenir la possession des biens *secundum tabulas*, à condition toutefois que le testateur soit revenu avant sa mort à son premier état, et qu'il ait recouvré la capacité qu'il avait lors de la confection du testament (Instit., § 6, *eod.*).

Le bénéfice de la possession de biens *secundum tabulas* peut être généralisé et étendu aux cas où le testament est rompu (*ruptum*) (Gaïus, C. II, § 147).

TITRE XVIII

Du testament inofficieux

La liberté accordée au père de famille par la loi des Douze Tables de disposer de son patrimoine sans restriction, avait reçu une première limitation dans l'obligation

qui lui était imposée par les Prudents d'instituer ou d'exhéréder ses héritiers siens. Cette limitation était inefficace, puisque le père de famille conservait toujours le droit d'exhéréder ses enfants même sans juste cause. Il y avait là un droit exorbitant, contraire à tous les sentiments d'équité. La parenté, en effet, impose des devoirs aux divers parents. Ces devoirs ont reçu une sanction par la *querela inofficiosi testamenti* (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XVIII).

Définition. — On nomme testament *inofficieux* celui qui, bien que conforme aux règles du droit, blesse les sentiments et les obligations qui naissent des liens de famille (*quod non ex officio pietatis videtur esse conscriptum*).

On entend par *plainte d'inofficiosité* (*querela inofficiosi testamenti*) l'action donnée aux héritiers légitimes pour faire prononcer l'infirmation du testament inofficieux.

Cette plainte d'inofficiosité reposait sur une fiction. On supposait que le testateur qui avait manqué ainsi aux devoirs de la parenté, n'avait pas eu la raison saine au moment de la confection de son testament. On annulait donc le testament inofficieux comme une œuvre de démence (1).

L'origine de la *querela inofficiosi testamenti* ne se place point, comme le prétend Cujas, dans une loi *Glitia*, mais bien dans la jurisprudence du tribunal des centumvirs (2).

Qui peut intenter la plainte d'inofficiosité ?

Le droit d'attaquer le testament comme inofficieux appartient :

1° Aux descendants contre le testament de tout ascendant.

(1) Voy. M. Brocher, *Étud. hist. et philos. sur la légitime et les réserves*, p. 80 et suiv.

(2) *Sic*, MM. de Savigny, *System*, t. I, § 12, n. C.; Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, § 23; Puchta, *Institutionen*, § 311; Brocher, *op. cit.*, p. 81; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 2e édit., t. I. n. 353, p. 843, note 1; Mayntz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 450, p. 234, et § 473, p. 359, texte et note 10.

2° Aux ascendants (*parentes*) contre le testament de leurs descendants.

Ces deux classes de personnes peuvent intenter la plainte d'inofficiosité contre tout institué.

3° Aux frères et aux sœurs. — *Première observation.* La plainte d'inofficiosité ne fut d'abord accordée qu'aux frères et sœurs germains, et agnats. (L. 1, C. Théod., *De inoff. test.*, liv. II, tit. XIX). Justinien l'a étendue aux frères et sœurs consanguins, agnats ou non (L. 27, C., *De inoff. test.*, liv. III, tit. XXVIII). Les frères et sœurs utérins restent seuls exclus de la plainte d'inofficiosité (Instit., § 1, liv. II, tit. XVIII). — *Deuxième observation.* Les frères et sœurs ne sont admis à intenter la plainte d'inofficiosité contre le testament que dans le cas où le testateur a institué des personnes viles ou notées d'infamie (*turpibus personis scriptis*). Contre tout autre institué, ils perdent leur droit (Instit., *ibid.*).

Quant aux collatéraux plus éloignés, on n'a pas jugé que les devoirs d'affection naturelle fussent assez puissants pour autoriser une pareille action en leur faveur (Instit., *ibid.*).

A qui incombe la charge de prouver l'inofficiosité du testament?

Si la *querela* est intentée par un descendant, c'est au descendant à prouver l'inofficiosité, c'est-à-dire l'iniquité de l'exhérédation ou de l'omission (1).

Si la *querela* est intentée par un ascendant, l'inofficiosité est présumée : c'est donc à l'institué à établir les justes motifs d'exhérédation ou d'omission (L. 28, C., *De inoff.*, liv. III, tit. XXVIII) (2).

Devant quel tribunal est portée la plainte d'inofficiosité? — A l'origine devant les centumvirs, plus tard devant le préteur.

(1-2) M. Demangeat, t. I, p. 684, conteste cependant ces données. — Comp. M. Accarias, 2e édit., t. I, n° 355, p. 851.

A quelles conditions est soumis l'exercice de la plainte d'inofficiosité ?

1° La *querela inofficiosi testamenti* est un secours extraordinaire qui n'est accordé qu'à défaut de tout autre moyen contre le testament (*si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt*). Elle doit donc être refusée à quiconque peut arriver à l'hérédité en tout ou en partie par une autre voie. Par exemple, la fille de famille omise n'a pas la *querela inofficiosi testamenti*, puisqu'elle est déjà protégée par le *jus accrescendi*. De même celui-là n'a pas la *querela* qui peut invoquer contre le testament paternel la *bonorum possessio contra tabulas* (Instit., § 2, liv. II, tit. XVIII).

2° La *querela inofficiosi testamenti* n'est admise qu'autant que l'exhérédation est injuste. Primitivement les juges avaient un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'injustice de l'exhérédation. Cet arbitraire devait nécessairement avoir pour conséquence de ne laisser aux testateurs que peu de confiance, et jamais de certitude dans le maintien de leur testament.

3° La *querela inofficiosi testamenti* n'était accordée qu'aux héritiers qui n'avaient pas reçu, en vertu des dernières dispositions du testateur, le *quart* au moins de la portion qui leur serait revenue *ab intestat*. — C'est ce que les textes désignent le plus communément par les expressions *quarta legitimæ partis* (Instit., § 3, *eod.*); ou *portio legitima* (L. L. 28, 30, C., *De inoff. test.*, liv. III, tit. XXVIII); et que les commentateurs, depuis Cujas, appellent plus simplement *légitime*. — Ainsi, les héritiers qui n'ont pas leur *portio legitima* n'ont pas seulement le droit de la faire compléter, ils peuvent encore par la *querela inofficiosi testamenti* faire tomber le testament pour le tout, et recueillir en entier l'hérédité *ab intestat*.

De l'action en supplément.

Sous Constantin, il est décidé que la volonté du testateur sera exécutée toutes les fois qu'après avoir laissé au légitimaire moins du quart, il aura expressément recom-

mandé de compléter ce quart *boni viri arbitratu*. Ainsi le légitimaire n'a plus la *querela*, mais il peut invoquer l'*action en supplément* (Paul, *Sent.*, § 7, liv. IV, tit. v).

Différence entre la querela inofficiosi testamenti et l'action en supplément :

1° La *querela* est une action *réelle ;* l'action en supplément est une action *personnelle* .

2° La *querela* s'éteint après un délai de deux ans à l'origine, de cinq ans sous Justinien ; l'action en supplément dure le temps ordinaire des actions.

3° La *querela* n'est transmissible aux héritiers du légitimaire que sous certaines conditions ; l'action en supplément est toujours transmissible.

4° La *querela*, lorsqu'elle est mal à propos intentée par le légitimaire, lui fait perdre sa légitime ; l'action en supplément, lorsqu'elle est repoussée, laisse intacte la disposition testamentaire au profit du légitimaire (1).

Comment se calcule la portion légitime ?

On établit d'abord la masse de l'actif héréditaire qui se compose de tous les biens meubles ou immeubles, droits de créances ou valeurs quelconques que possédait le défunt au jour de son décès.

De cette masse on déduit les dettes du défunt, les frais funéraires, la valeur des esclaves affranchis (2).

Sur ce qui reste on calcule la quarte, la part de succession *ab intestat* réduite au quart et constituant la légitime.

Les libéralités faites par le défunt au légitimaire sont-elles imputables sur la légitime ?

S'imputent sur la légitime toutes les libéralités que le légitimaire a recueillies en vertu d'un legs, d'un fidéi-

(1) Voy., pour plus de détails, sur tous ces points de différence, ci-dessous le paragraphe relatif aux modes d'extinction de la plainte d'inofficiosité, p. 235 et 236.

(2) Ces règles générales sont également applicables au calcul de la Falcidie. Voy. *infra*, liv. II, tit. XXII.

commis, d'une donation à cause de mort, à titre de dot, de donation *propter nuptias*. Si, par suite de ces imputations, le légitimaire a reçu l'équivalent de sa légitime, il n'a pas le droit d'attaquer le testament comme inofficieux.

Quid des donations entre-vifs?

La donation entre-vifs pure et simple, sans conditions spéciales, ne s'impute pas sur la légitime. Le droit du légitimaire à la légitime reste donc intact.

Mais le donateur a pu insérer dans la donation une clause expresse en vertu de laquelle la donation doit être imputée sur la légitime. Cette clause sera-t-elle respectée? Oui, car le donateur peut faire la loi de sa donation et y mettre telle restriction qu'il lui plaît. (L. 25, *pr.*, D., *De inoff. test.*, liv. V, tit. II).

Des effets de la plainte d'inofficiosité.

La *querela inofficiosi testamenti* a pour but de faire annuler le testament et d'amener l'ouverture de la succession *ab intestat* au profit des héritiers qui y étaient appelés par la loi. — Il est bon de remarquer que la question d'inofficiosité ne se débat qu'entre le légitimaire et l'institué. Les légataires, quelque intéressés qu'ils soient au maintien du testament, ne figurent point dans l'instance; et cependant ce qui est jugé contre l'institué produit des effets contre les légataires. C'est une exception au principe : *res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest*.

Bien entendu, l'exception n'existe qu'autant que le débat est *contradictoire* et *sincère* de la part de l'institué.

De quelles manières s'éteint la plainte d'inofficiosité?

La *querela inofficiosi testamenti* se perd :

1° Lorsque le légitimaire est mort sans avoir manifesté par un commencement de poursuites son intention d'attaquer le testament. Dans ce cas les héritiers ne peuvent pas intenter l'action d'inofficiosité. On a assimilé en effet la *querela inofficiosi testamenti* à l'action d'*injures*. Le

querelans se plaint de l'exhérédation ou de l'omission comme d'une offense, d'une atteinte à sa considération. Or, s'il est mort *non jam præparata controversia*, on pense qu'il a oublié l'injure, qu'il a pardonné (L. 6, § 2; L. 7, D., *De inoff. test.*, liv. V, tit. II).

2° Lorsque le légitimaire laisse écouler un certain délai. Ce délai, d'abord de deux ans, a été plus tard porté à cinq ans. Le silence pendant ce temps est considéré comme un oubli, un pardon (L. 16, C., *De inoff. test.*, liv. III, tit. XXVIII).

3° Lorsque le légitimaire a approuvé d'une manière quelconque le testament (*agnovit judicium testatoris*) : par exemple, le légitimaire a demandé la délivrance d'un legs fait à son profit par le *de cujus* (L. 23, § 1; L. 31, §§ 2, 3 et 4, D., *De inoff. test.*, liv. V, tit. II). — Bien plus, était considéré comme une approbation du testament, l'acte volontaire et libre, par lequel le légitimaire s'était porté procureur d'un tiers, pour réclamer la délivrance d'un legs fait à ce tiers. — Il y avait une exception pour le légitimaire qui avait accepté, en qualité de tuteur, un legs fait à son pupille. Cette acceptation était un *acte forcé*, qui lui était commandé par les intérêts bien entendus de son pupille; elle ne pouvait donc impliquer de sa part aucune approbation du testament. Aussi le légitimaire était-il recevable à attaquer en son propre nom (*nomine suo*) ce testament comme inofficieux (L. 30, *pr.*, D., *eod.*).

4° Lorsque le légitimaire a transigé avec l'institué après la mort du testateur (L. 27, *pr.*, D., *eod.*).

5° Lorsqu'il s'est désisté de son action (L. 8, § 1, D., *eod.*).

Observation. — Celui qui mal à propos a intenté la *querela inofficiosi testamenti*, et qui a succombé dans sa demande, est déclaré indigne et déchu du bénéfice des dispositions testamentaires faites à son profit. C'est le fisc qui en profite (L. 8, § 14, D., *eod.*).

Innovations de Justinien.

1° Justinien décide que le légitimaire qui a reçu du défunt une portion quelconque de l'hérédité, inférieure à la légitime, n'aura jamais la *querela inofficiosi testamenti*, mais seulement une action en supplément de légitime. Il n'est plus nécessaire que le testateur exprime en termes formels sa volonté à cet égard. Ainsi la *querela inofficiosi testamenti* est désormais restreinte au seul cas où le testateur a complétement exhérédé ou omis le légitimaire (Instit., § 3, liv. II, tit. XVIII).

2° Par la novelle XVIII (ch. I), Justinien augmente la quotité de la légitime. Il décide que la légitime sera du *tiers* de la succession, lorsque le testateur laisse quatre enfants ou moins de quatre; elle sera de la *moitié* si le testateur laisse plus de quatre enfants. — Cette combinaison, fort équitable en principe, peut cependant produire ce résultat contraire à la nature des choses, que chaque héritier obtienne plus quand ils sont plus nombreux que quand ils le sont moins. Exemples : supposons qu'un père de famille laisse 12,000 fr. et quatre enfants, chacun de ceux-ci devra recevoir un douzième, soit 1,000 fr. Supposons qu'il y ait cinq enfants, chacun devra recevoir un dixième, soit 1,200 fr. — Observons que cette augmentation de légitime par Justinien ne profite pas seulement aux enfants, mais à tous les légitimaires en général (1).

3° Justinien fait entrer en compte, pour le calcul de la portion légitime, ce que le légitimaire a reçu entre-vifs pour l'achat d'un office, d'un grade militaire (*ad militiam emendam*) (L. 30, § 2, C., *De inoff. test.*, liv. III, tit. XXVIII).

4° Par la novelle CXV (ch. III et IV) et la novelle XXII (ch.

(1) La question est vivement controversée. Toutefois l'opinion que nous professons tend à prévaloir dans l'enseignement. *Sic*, MM. Ortolan, t. II, n° 802; Demangeat, t. I, p. 694; Namur, 2e édit., t. II, § 406, p. 487; Van Wetter, t. II, § 333, p. 320; Brocher, *op. cit.*, p. 91, texte et note 2; Labbé, *à son cours*. — V. toutefois, M. Accarias, 2e édit., t. I, n° 359, p. 858, note 1.

XLVII), Justinien détermine les causes légitimes d'exhérédation d'une façon restrictive. En ce qui concerne l'exhérédation des descendants par les ascendants, il fixe quatorze causes d'exhérédation. Quant à l'exhérédation des ascendants par leurs descendants, il n'établit que huit causes ; enfin trois causes seulement pour l'exhérédation des frères et sœurs.

Justinien exige de plus que les causes d'exhérédation soient mentionnées expressément dans le testament. Il soumet même, au cas de contestation de la part du légitimaire, l'héritier institué à la nécessité de prouver la légitimité de l'exhérédation.

Que décider au cas où le testateur, contrairement aux prescriptions des novelles sus-mentionnées, n'a pas exprimé la cause de l'exhérédation? Le testament sera-t-il *nul* ou simplement *inofficieux*? C'est là un point vivement controversé (1).

5° Justinien exige par la novelle CXV (ch. III et IV) que le légitimaire recueille sa légitime à titre d'héritier institué. Le testateur ne pourra donc plus écarter de l'hérédité le légitimaire par un legs ou un fidéicommis équivalant à sa légitime.

6° Par cette même novelle CXV (ch. IV, § 9), Justinien décide que désormais la *querela inofficiosi testamenti* ne fera tomber que l'institution d'héritier et laissera intactes les autres dispositions testamentaires, legs, fidéicommis, etc., en tant qu'elles ne touchent pas à la légitime.

7° Justinien fixe un nouveau point de départ au délai

(1) L'école allemande se prononce presque unanimement pour la nullité du testament. Voy. MM. Mühlenbruch, *Continuat. de Gluck*, t. XXXVII, p. 298 et suiv. ; Bluntschli, *Entwicklung*, §§ 25 et 26 ; Vangerow, *Lehrbuch*, t. II, § 485 ; Namur, *Cours d'Instit.*, 2e édit., t. II, § 403, p. 482; Brochér, *Étud. hist. et philos. sur la légitime et les réserves*, p. 98. — L'Ecole française enseigne avec la même unanimité que le testament est inofficieux. Voy. MM. Thézard, *Rép. écr. sur le dr. rom.*, p. 463 ; Demangeat, t. I, p. 695 ; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 475, p. 383 et suiv. observ. ; Labbé, *à son cours*. — Voy. toutefois, M. Accarias, 2e édit., t. I, n° 335, p. 799.

de cinq ans qui entraîne la déchéance du droit d'agir par la *querela inofficiosi testamenti*. Ce délai ne commence plus à courir désormais du jour de la mort du testateur, mais seulement du jour où l'institué a fait adition (L. 36, § 2, C., *De inoff. test.*, liv. III, tit. XXVIII).

8° Enfin Justinien apporte une exception au principe de l'intransmissibilité de la *querela inoff. test.* pour le cas particulier où le légitimaire est un descendant du testateur et où il vient à mourir avant l'expiration du délai imposé à l'institué pour faire adition. Il transmet alors l'action à ses enfants quand même il ne l'aurait pas préparée (LL. 34 *in fine*, 35, § 2, C., *eod.*).

TITRE XIX

De la qualité et de la différence des héritiers

Il y a trois classes d'héritiers : les héritiers nécessaires, les héritiers siens et nécessaires, les héritiers externes ou volontaires (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XIX).

I. Héritiers nécessaires.

Quels sont les héritiers nécessaires ? — Les héritiers nécessaires sont les esclaves appartenant au testateur et que celui-ci a institués avec affranchissement. Ces esclaves arrivent en même temps à l'hérédité et à la liberté.

De ce principe il faut tirer la conséquence suivante : si l'esclave institué est affranchi avant la mort du testateur, il ne sera plus héritier nécessaire, il aura, en effet, obtenu la liberté avant l'hérédité.

On le nomme héritier nécessaire, nous disent les Institutes, *quia, sive velit, sive nolit, omnimodo post mortem*

testatoris protinus liber et necessarius heres fit (Instit., § 1, *eod.*).

Ainsi l'esclave devient héritier à son insu, même malgré une volonté contraire.

De ce second principe il faut tirer cette conséquence que la personnalité de l'esclave s'absorbe dans celle du défunt. Les biens de l'hérédité et les biens propres de l'esclave ne forment plus qu'un seul patrimoine. Même confusion pour les dettes du défunt qui deviennent les dettes de l'esclave. Ainsi, en cas d'insuffisance des biens de la succession, l'esclave, d'après *le droit civil*, doit payer les dettes du défunt même sur les biens qu'il acquiert par son travail.

Ce résultat ne laissait pas que d'être inique. Pour y remédier, on accordait à l'héritier nécessaire, ce que les commentateurs ont appelé le *bénéfice de la séparation des biens* (Instit., *ibid.*).

Du bénéfice de séparation des biens. — En vertu de ce bénéfice, les biens du défunt se séparent d'avec ceux de l'héritier. L'actif et le passif de l'un ne se confondent plus avec l'actif et le passif de l'autre. Les créanciers du défunt ne peuvent faire vendre les biens propres de l'esclave pour l'acquittement des dettes héréditaires (Instit., § 1, *eod.*). — Il est bon de remarquer que, lorsque l'on parle des biens de l'héritier nécessaire, on ne désigne que les biens qu'il acquerra après la mort du défunt. Tant que l'esclave est esclave, c'est-à-dire pendant la durée de la vie du maître, il n'a rien en propre, tout ce qu'il détient appartient à son maître.

Pour avoir le bénéfice de la séparation des biens, il faut le demander au préteur.

Quelle utilité le testateur retire de l'institution d'un esclave comme héritier nécessaire? — Par cette institution le testateur est assuré de ne pas mourir *intestat*. Aussi est-elle fréquemment employée par les personnes insolvables qui trouvent difficilement quelqu'un qui veuille

accepter leur hérédité. La présence d'un héritier nécessaire sauve de l'ignominie la mémoire du défunt. En effet, l'ignominie résulte de la vente en masse des biens héréditaires sous le nom de l'héritier nécessaire. Mais, sous Justinien, la vente en masse des biens du débiteur insolvable, et l'ignominie qui en était la conséquence, ont disparu.

Remarquons que, pour devenir héritier nécessaire, l'esclave a dû appartenir au testateur à deux époques : — 1° à l'époque de la confection du testament; — 2° à l'époque de la mort du testateur ou de l'accomplissement de la condition, si l'institution est conditionnelle. Mais l'esclave a pu changer de maître dans l'intervalle entre ces deux époques; il ne cesse pas d'être héritier nécessaire, si à la mort du testateur il est revenu sous sa puissance (Ulpien, *Reg.*, tit. I, § 23; L. 9, § 16; L. 90, D., *De her. instit.*, liv. XXVIII, tit. V).

III. Des héritiers siens et nécessaires.

Quels sont les héritiers siens et nécessaires?

Les héritiers siens et nécessaires (*sui necessarii*) son ceux qui se trouvent sous la puissance immédiate du testateur au moment de sa mort, et qui deviennent ensuite ses héritiers. Exemple : le fils, la fille, le petit-fils, la petite-fille dont le père est sorti de la famille ou a été exhérédé dans le testament de l'aïeul (Instit., § 2, *eod.*).

Que signifie cette expression *héritiers siens?* Les enfants, fils de famille, sont considérés du vivant de leur père comme ayant la copropriété du patrimoine commun. Aussi, lorsqu'à la mort de leur auteur ils recueillent les biens de la succession, ils consolident un droit qu'ils ont déjà bien plus qu'ils n'acquièrent un droit nouveau. Ils ne sont pas les héritiers d'autrui, mais en quelque sorte leurs propres héritiers (*heredes sui*). Ils se succèdent à eux-mêmes (1) (Instit., *ibid.*).

(1) *Sic*, MM. Ortolan, t. II, n° 807; Labbé, *à son cours*.

Les héritiers siens sont en même temps *nécessaires*, parce que, sans adition, *bon gré, mal gré*, ils deviennent héritiers (Instit., *ibid.*).

D'après le droit civil, les héritiers siens et nécessaires sont tenus des dettes du défunt même sur leurs biens personnels. Mais le préteur est venu à leur secours et leur a accordé le bénéfice d'*abstention* (Instit., *ibid.*).

Différences entre le bénéfice d'abstention et le bénéfice de séparation des biens. — 1° Le bénéfice d'*abstention* s'opère de plein droit; il n'est pas nécessaire d'aller trouver le magistrat et d'obtenir de lui un décret. Il suffit que l'héritier sien ne s'immisce pas dans les affaires de l'hérédité, et manifeste sa volonté de s'abstenir (*se dicit retinere hereditatem nolle*) (L. L. 12, 71, § 9, D., *De adq. vel om. hered.*, liv. XXIX, tit. II). — Au contraire, le bénéfice de *séparation* doit être demandé au préteur par l'héritier nécessaire.

2° Par l'effet du bénéfice d'*abstention* aucune poursuite ne peut être dirigée contre l'héritier sien. Les créanciers du défunt vendent les biens de la succession sous le nom du défunt et non sous celui de l'héritier. L'héritier sien échappe donc à l'infamie qui n'atteint que la mémoire du défunt. — Au contraire, la *séparation des biens* ne met pas obstacle à ce que les poursuites des créanciers héréditaires soient dirigées contre l'héritier nécessaire; la vente des biens se fait sous son nom; à l'origine même l'infamie le frappait, tandis que la mémoire du défunt restait pure de toute ignominie.

Des effets de l'abstention. — Au point de vue du droit civil, l'abstention laisse subsister la qualité d'héritier; mais au point de vue du droit prétorien, elle équivaut à une répudiation de l'hérédité, lorsque cette répudiation est permise. — Elle peut donner lieu *jure prætorio*, dans certains cas, à l'ouverture soit de la succession *ab intestat*, soit d'une substitution vulgaire (1).

(1) Quelle influence l'abstention d'un héritier sien et nécessaire peut-elle

L'héritier sien qui a détourné ou fait détourner quelque chose de l'hérédité commet un vol et se voit privé des avantages de l'abstention.

Au surplus, celui qui s'est abstenu peut revenir sur son abstention et prendre l'hérédité tant que les biens n'ont pas été vendus, et qu'il ne s'est pas écoulé plus de trois ans. Ce délai n'a été fixé que par Justinien (L. 6, C., *De repud. vel abstin. hered.*, liv. VI, tit. XXXI).

III. Des héritiers externes ou volontaires.

Les héritiers externes sont ceux qui ne se trouvent pas sous la puissance du testateur au moment de sa mort. Par exemple, les enfants sortis de la famille, les enfants institués par leur mère, car les femmes n'ont point de puissance paternelle, l'esclave institué héritier par son maître, mais affranchi par lui depuis la confection du testament (Instit., § 3, *eod.*).

Externes, c'est-à-dire en dehors de la famille du testateur.

Volontaires, parce qu'ils ne deviennent héritiers que par un acte de leur volonté, par une acceptation appelée *adition d'hérédité* (*aditio hereditatis*).

De l'adition d'hérédité. — Dans l'ancien droit, le testateur pouvait imposer à ses héritiers l'obligation de faire adition d'hérédité dans certaines formes solennelles ou dans un certain délai. On disait alors que l'héritier était institué *cum cretione*.

La crétion était *perfecta* ou *imperfecta*, suivant qu'elle était ou n'était pas accompagnée d'une exhérédation formelle (Ulpien, *Reg.*, tit. XXII, §§ 27, 28, 31, 32 et 34).

exercer sur le droit d'accroissement? L'accroissement est *volontaire* à la condition que l'héritier ait fait adition, ou qu'il se soit immiscé, antérieurement à la volonté de s'abstenir manifestée par son cohéritier. S'il n'a pris, au contraire, l'hérédité que postérieurement à cette résolution de lui connue, ou qu'il devait connaître, il s'est soumis alors à toutes les charges, et l'accroissement est forcé. *Sic*, M. Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 12, note 1.

Sous Justinien, il n'est plus question de la *crétion*, qui a été abolie par une constitution d'Arcadius et d'Honorius (L. 17, C., *De jure deliber.*, liv. VI, tit. xxx).

L'adition d'hérédité peut se faire de deux façons, soit par une déclaration de volonté écrite ou verbale, soit en faisant acte d'héritier. Quand la volonté de l'héritier se manifeste par des actes, l'adition d'hérédité prend le nom de *pro herede gestio* (Instit., § 7, *eod.*).

Faire acte d'héritier, c'est faire un acte de maître sur les biens héréditaires. Ainsi l'héritier vend ou donne un bien de la succession (*vel vendendo res hereditarias vel prædia colendo locandove*) (Instit., *ibid.*). Peu importe même que le bien n'appartienne pas à l'hérédité, si l'héritier l'a cru héréditaire et qu'il en ait disposé en sa qualité d'héritier (L. 21, § 1, D., *De adq. vel om. hered.*, liv. XXIX, tit. II).

L'adition n'est valable qu'autant que l'institué l'a faite en parfaite connaissance de cause. Ainsi celui qui fait adition doit savoir que l'hérédité est ouverte ou déférée, et qu'elle lui est déférée ; en un mot, il ne doit ignorer aucune des circonstances qui lui donnent la vocation d'héritier.

L'acceptation de l'hérédité ne peut être faite que purement et simplement. Est donc nulle toute acceptation conditionnelle.

Par qui l'adition d'hérédité doit être faite? — L'adition d'hérédité ne peut être faite que par l'institué lui-même.

De ce principe on tirait la conséquence suivante : si l'héritier est *infans* ou *furiosus*, il ne peut pas faire adition d'hérédité, et personne ne peut la faire pour lui, ni son tuteur ni son curateur. Telle est la rigueur du droit primitif. Au Bas-Empire, une constitution des empereurs Théodose et Valentinien décide que le père de famille ou le tuteur pourra désormais faire adition d'hérédité pour l'*infans* (L. 18, § 2, C., *De jur. delib.*, liv. VI, tit. xxx). Justinien, résolvant les doutes quant au *furiosus* institué,

établit que le curateur du *furiosus* pourra toujours faire adition pour le compte de ce dernier (L. 7, § 3, C., *De cur. fur.*, liv. V, tit. LXX).

Un sourd, un muet, et même un sourd-muet peut, s'il a conscience de son droit, faire acte d'héritier et par là faire une acceptation valable (Instit., § 7, *eod.*). — Quant au prodigue interdit, il n'y a jamais eu doute (L. 5, § 1, D., *De adq. vel om. hered.*, liv. XXIX, tit II).

A partir de quel moment peut être faite l'adition d'hérédité?

Il faut distinguer suivant que l'institution est pure et simple ou conditionnelle.

Lorsque l'institution est *pure* et *simple*, le moment à partir duquel l'adition peut être faite est le moment de la mort du testateur. L'institué, en effet, ne peut pas faire adition avant que l'hérédité lui soit dévolue (L. 21, § 2, D., *eod.*).

Remarquons, toutefois, que sous l'empire des *lois caducaires* tombées en désuétude dans le dernier état du droit, la dévolution de l'hérédité datait de l'ouverture des tables du testament qui avait lieu peu de jours après la mort du testateur. Par conséquent, l'adition ne pouvait être valablement faite qu'à partir de cette époque.

Lorsque l'institution est *conditionnelle*, l'adition d'hérédité ne peut être faite qu'à partir de la réalisation de la condition, car la dévolution de la succession ne s'opère qu'à ce moment.

Y a-t-il un délai pour faire l'adition? — D'après le droit civil, l'acceptation de l'institué pouvait être indéfiniment retardée. Il n'y avait pas de délai imposé à l'institué pour faire l'adition d'hérédité (Gaïus, C. I, § 167). Mais une pareille incertitude était nuisible aux créanciers du défunt qui ne savaient à qui s'adresser pour se faire payer. Le préteur a corrigé cette imperfection du droit civil. Il a permis aux créanciers, aux substitués, en un mot à tous ceux qui ont intérêt à ce que l'institué prenne un parti

quelconque, de mettre l'institué en demeure de se prononcer dans un délai plus ou moins long suivant les circonstances de la cause. Dans l'ancien droit, ce délai était au *minimum* de cent jours, Justinien l'a porté à *neuf mois* et même à *un an* suivant qu'il est accordé par le magistrat ou par l'Empereur (L. 22, §§ 2, 13, C., *De jur. delib.*, liv. VI, tit. xxx). — Si, à l'expiration de ce délai, l'institué n'avait pas fait adition, il était censé, dans l'ancien droit, avoir répudié l'hérédité; en conséquence, la *bonorum possessio* était accordée au substitué, et, à défaut de substitué, aux créanciers héréditaires. Justinien a encore modifié le droit sur ce point. Le silence de l'héritier, après l'expiration du délai pour faire adition, n'est plus interprété dans le sens d'une renonciation, mais d'une acceptation (L. 22, § 14, C., *eod.*).

L'adition d'hérédité, une fois faite, est irrévocable. Celui qui a accepté ne peut plus revenir sur son acceptation, sauf le mineur de vingt-cinq ans, qui obtient une *restitutio in integrum* (Instit., § 5, liv. II, tit. xix).

A quelle époque la testamenti factio doit-elle exister chez l'héritier externe? — L'héritier externe doit avoir la *testamenti factio* à trois époques : — 1° à l'époque de la confection du testament; — 2° à l'époque où l'hérédité est ouverte et déférée (c'est-à-dire à l'époque de la mort du testateur si l'institution est pure et simple, à l'époque de l'avénement de la condition, si l'institution est conditionnelle); — 3° à l'époque de l'adition de l'hérédité (Instit., § 4, liv. II, tit. xix).

Ces trois époques engendrent deux intervalles : — *premier intervalle*, temps intermédiaire entre la confection du testament et la mort du testateur ou l'accomplissement de la condition; — *second intervalle*, temps intermédiaire entre la mort du testateur ou l'accomplissement de la condition et l'adition d'hérédité.

Dans le *premier intervalle*, l'héritier n'a rien à craindre d'un changement momentané d'état ou de capacité. Ainsi,

après la confection du testament, l'institué tombe en esclavage, mais il redevient libre avant l'ouverture de ses droits, cette déchéance effacée ne l'empêchera pas de faire adition d'hérédité.

Dans le *second intervalle*, au contraire, le même changement entraîne pour le testateur la perte irremédiable du droit de faire adition de l'hérédité. Il faut donc que la *testamenti factio* ait duré sans intermittence depuis l'ouverture de la succession jusqu'à l'adition de l'institué.

Des effets de l'adition d'hérédité. — 1° L'institué qui a accepté l'hérédité peut transmettre à ses héritiers, comme une dépendance de son patrimoine, le bénéfice résultant de cette acceptation. Que décider lorsque l'institué meurt avant d'avoir fait adition? *Dans l'ancien droit*, il ne transmet rien à ses propres héritiers, puisqu'il n'a rien acquis. *Sous Justinien*, un droit nouveau s'introduit. Tout institué qui meurt dans le délai fixé pour faire adition d'hérédité, mais avant de l'avoir faite, transmet dans sa succession, non-seulement à ses descendants, mais à ses ascendants, et à tous ses héritiers indistinctement, le droit de faire l'adition d'hérédité en son lieu et place (L. 1, § 5, C., *De cad. toll.*, liv. VI, tit. LI).

2° L'institué qui fait adition d'hérédité est tenu de toutes les dettes et charges de la succession même *ultra vires hereditatis*. En cas d'insuffisance des biens héréditaires, les créanciers du défunt ont un recours sur les biens personnels de l'institué. Telle est la rigueur du droit primitif.

De la renonciation. — L'institué qui a accepté l'hérédité aurait pu également y renoncer. La renonciation, de même que l'adition, dépend d'un acte de la volonté. Cette volonté se manifeste tantôt par une déclaration expresse, tantôt par le silence et l'inaction.

La renonciation ne peut avoir lieu valablement qu'à partir de l'époque et dans le délai nécessaires pour faire une acceptation valable.

La renonciation une fois faite est irrévocable comme

l'adition, sauf la même exception relative au mineur de vingt-cinq ans qui obtient la *restitutio in integrum*.

Acceptation sous bénéfice d'inventaire. — Nous savons que l'institué peut soit accepter l'hérédité, soit y renoncer. Or ces deux partis offraient souvent de graves inconvénients. En effet, dans la crainte d'être tenu des dettes du défunt *ulta vires successionis*, l'institué renonçait souvent à une hérédité avantageuse, mais d'une appréciation difficile. D'autre part, l'héritier institué qui avait accepté la succession sous de fausses apparences de prospérité se trouvait engagé indéfiniment, même sur ses biens personnels, à l'égard des créanciers du défunt. Ces deux résultats extrêmes frappèrent le législateur. Après une tentative d'Adrien, Justinien organisa pour les héritiers externes un moyen qui leur permit de rester héritiers, comme les héritiers nécessaires, et de ne payer les dettes du défunt que *intra vires hereditatis*. Ce bénéfice a reçu des commentateurs modernes le nom de *bénéfice d'inventaire* (Instit., § 6, liv. II, tit. XIX; L. 22, C., *De jur. delib.*, liv. VI, tit. XXX).

Sous quelles conditions est accordé le bénéfice d'inventaire? — L'héritier doit dresser un *inventaire* des biens laissés par le défunt. Cet inventaire n'a de valeur qu'autant : — 1° qu'il est fidèle et exact; — 2° qu'il a été commencé dans les trente jours qui suivent l'ouverture de la sucession, et terminé dans les soixante jours; — 3° qu'il a été fait sous la surveillance des tiers intéressés, tels que légataires, créanciers, etc., ou eux dûment appelés (L. 22, §§ 2, 3, C., *eod.*).

Ce bénéfice d'inventaire n'est pas accordé à l'institué qui a demandé le délai d'un an pour délibérer. Cet institué continue toujours à être régi par l'ancien droit; s'il ne veut pas être tenu de toutes les dettes du défunt, il doit répudier l'hérédité (L. 22, § 14, C., *eod.*).

TITRE XX

Des Legs

Définition. — Le legs est une *disposition gratuite, à titre particulier*, faite par une personne pour ne produire d'effets qu'*après sa mort*, et contenue dans un *testament* ou dans un *acte de dernière volonté.*

Distinction entre le legs et l'institution d'hérédité. — Une *disposition gratuite.* — C'est là le caractère essentiel du legs. Où il n'y a point de libéralité, il n'y a point de legs (*donatio quædam*). L'institution d'hérédité, au contraire, n'est pas par essence une libéralité.

A titre particulier. — Le legs peut porter sur une chose particulière, sur une quote-part de l'hérédité. L'institution d'hérédité porte toujours sur l'hérédité entière.

Distinction entre le legs et la donation. — Le legs émane de la volonté du disposant seul. La donation est le résultat du concours de la volonté du donateur et du donataire.

Après sa mort. — C'est encore là une différence entre le legs et la donation. Le legs ne peut produire d'effets qu'après la mort du disposant. La donation en produit même du vivant du donateur.

Dans un testament ou dans un acte de dernière volonté. — A l'origine, le legs ne pouvait être fait que dans un testament (*donatio testamento relicta*). Depuis Auguste, il fut permis de faire des legs par codicilles se rattachant à un testament antérieur ou postérieur

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE LEGS

Dans l'ancien droit romain, les legs devaient être faits d'après certaines formes déterminées. Il y avait quatre

s'évanouissait, comme si elle n'avait jamais existé, au cas où le légataire venait ensuite à répudier le legs. C'est l'opinion des Sabiniens qui a prévalu (L. 80, D., *De leg.*, liv. XXI, 2°) (1).

Que décider dans le cas où le legs *per vindicationem* a été fait *sous condition*? — Le légataire ne devient propriétaire qu'au moment de la réalisation de la condition. Mais, *pendente conditione*, la chose léguée appartient à l'héritier, suivant les Sabiniens; elle est *res nullius*, suivant les Proculiens (Gaïus, C. II, § 200).

II. Legs per damnationem.

Forme. — Il y a legs *per damnationem* lorsque le testateur s'est servi de ces termes : *Heres meus damnas esto dare Titio hominem Stichum* : ou bien, *heres meus dato, facito* (Gaïus, C. II, § 201).

Quelle chose peut être léguée *per damnationem?* — Le testateur peut léguer sa propre chose, la chose de ses héritiers, la chose d'autrui. Dans ce dernier cas, l'héritier devra se procurer la chose léguée et la livrer ensuite. S'il ne peut pas l'acquérir, il en payera simplement la valeur au légataire (Gaïus, C. II, § 202).

Le legs *per damnationem* peut même comprendre une chose qui n'existe pas encore, mais qui pourra exister. Exemple : l'enfant qui naîtra de telle esclave (Gaïus, C. II, § 203).

Effet du legs *per damnationem.* — L'effet de ce legs est non pas de transférer la propriété de l'objet légué au légataire, mais de lui donner une action personnelle, la *condictio ex testamento*, contre l'héritier.

A quel moment précis le légataire acquiert cette créance? — Si le legs *per damnationem* est pur et simple, c'est au moment de l'adition d'hérédité; — s'il est conditionnel, c'est au moment de l'arrivée de la condition. Dans ces deux cas, le légataire devient créancier, même à son insu.

(1) Telle est la solution généralement admise malgré l'assertion contraire de Gaïus (C. II, § 200).

formules de legs : — legs *per vindicationem ;* — legs *per damnationem ;* — legs *sinendi modo ;* — legs *per præceptionem* (Gaïus, C. II, § 192).

I. Legs per vindicationem.

Forme. — Il y a legs *per vindicationem*, lorsque le testateur s'est servi de ces termes : *do, lego*, ou bien, *sumito, capito, sibi habeto.* Par exemple : *do, lego, Titio hominem Stichum*; ou bien, *Titius hominem Stichum sumito, capito, sibi habeto* (Gaïus, C. II, § 193).

Quelle chose peut être léguée *per vindicationem?* — Le testateur ne peut léguer *per vindicationem* que les choses qui lui appartiennent *ex jure Quiritium.* Il ne lui suffirait pas d'être propriétaire, d'après le droit des gens, *ex jure gentium* (Gaïus, C. II, § 196).

A quelle époque faut-il que le testateur soit *dominus ex jure Quiritium?* — Une distinction est nécessaire : — 1° s'agit-t-il d'une chose *certaine* (*certa re*), le testateur doit être propriétaire *ex jure Quiritium*, au moment de la confection du testament et au moment de sa mort ; — 2° s'agit-il d'une chose *quæ pondere, numero, mensurave constat*, le testateur n'a besoin d'en être propriétaire qu'au moment de sa mort (Gaïus, C. II, § 196.).

Effet du legs *per vindicationem.* — L'effet de ce legs est de transférer la propriété de l'objet légué au légataire ; de le mettre en rapport direct avec l'objet légué (Gaïus, C. II, § 194).

A quel moment précis s'opère l'acquisition au profit du légataire? — Il y avait sur ce point, dans le droit classique, dissentiment entre les Proculiens et les Sabiniens. — *D'après les Proculiens*, le légataire n'était investi de la propriété du legs que lorsqu'il avait manifesté la volonté de l'accepter ; jusque-là la chose léguée n'appartenait à personne ; elle était *res nullius.* — *D'après les Sabiniens*, le légataire devenait propriétaire de la chose léguée à l'instant précis où l'institué avait fait adition de l'hérédité. Cette acquisition avait lieu à l'insu du légataire, mais elle

s'évanouissait, comme si elle n'avait jamais existé, au cas où le légataire venait ensuite à répudier le legs. C'est l'opinion des Sabiniens qui a prévalu (L. 80, D., *De leg.*, liv. XXI, 2°) (1).

Que décider dans le cas où le legs *per vindicationem* a été fait *sous condition*? — Le légataire ne devient propriétaire qu'au moment de la réalisation de la condition. Mais, *pendente conditione*, la chose léguée appartient à l'héritier, suivant les Sabiniens; elle est *res nullius*, suivant les Proculiens (Gaïus, C. II, § 200).

III. Legs per damnationem.

Forme. — Il y a legs *per damnationem* lorsque le testateur s'est servi de ces termes : *Heres meus damnas esto dare Titio hominem Stichum* : ou bien, *heres meus dato, facito* (Gaïus, C. II, § 201).

Quelle chose peut être léguée *per damnationem?* — Le testateur peut léguer sa propre chose, la chose de ses héritiers, la chose d'autrui. Dans ce dernier cas, l'héritier devra se procurer la chose léguée et la livrer ensuite. S'il ne peut pas l'acquérir, il en payera simplement la valeur au légataire (Gaïus, C. II, § 202).

Le legs *per damnationem* peut même comprendre une chose qui n'existe pas encore, mais qui pourra exister. Exemple : l'enfant qui naîtra de telle esclave (Gaïus, C. II, § 203).

Effet du legs *per damnationem.* — L'effet de ce legs est non pas de transférer la propriété de l'objet légué au légataire, mais de lui donner une action personnelle, la *condictio ex testamento*, contre l'héritier.

A quel moment précis le légataire acquiert cette créance? — Si le legs *per damnationem* est pur et simple, c'est au moment de l'adition d'hérédité; — s'il est conditionnel, c'est au moment de l'arrivée de la condition. Dans ces deux cas, le légataire devient créancier, même à son insu.

(1) Telle est la solution généralement admise malgré l'assertion contraire de Gaïus (C. II, § 200).

III. Legs sinendi modo.

Forme. — Il y a legs *sinendi modo*, lorsque le testateur s'est servi de ces termes : *heres meus damnas esto sinere Titium capere hominem Stichum* (Gaïus, C. II, § 109).

Quelle chose peut être léguée *sinendi modo?* — Le testateur peut léguer sous cette forme sa chose, et celle de l'héritier, mais non pas la chose d'autrui (Gaïus, C. II, § 210). — Il suffit que la chose ait appartenu au testateur, *au moment de sa mort;* mais il faut, au cas où la chose est la propriété de l'héritier, que cette chose lui ait appartenu à cette même époque (Gaïus, C. II, §§ 211, 212).

Étendue de l'obligation de l'héritier débiteur d'un legs *sinendi modo.*—Quelques jurisconsultes, s'attachant strictement à la formule du legs, pensaient que l'héritier n'était débiteur que d'une inaction, d'une abstention. Laisser faire le légataire et rien de plus. D'autres soutenaient que l'héritier était obligé de transférer au légataire par tradition, mancipation ou cession *in jure*, la propriété de la chose léguée (Gaïus, C. II, §§ 213, 214).

IV. Legs per præceptionem.

Forme. — Il y a legs *per præceptionem*, lorsque le testateur s'est servi de ces termes : *Titius hominem Stichum præcipito* (que Titius prélève l'esclave Stichus) (Gaïus, C. II, § 216). Ce legs suppose que le testateur a institué plusieurs héritiers, et qu'il autorise l'un d'eux à prélever un objet particulier avant le partage de la succession.

Quelle chose peut être léguée *per præceptionem?* — Le testateur peut léguer dans cette forme toute chose qui lui appartient à sa mort, et qui après sa mort deviendra une chose héréditaire. Ce qui exclut la chose de l'héritier et celle d'autrui (Gaïus, C. II, § 217).

Effet du legs *per præceptionem.* — L'héritier prélégataire pouvait poursuivre l'exécution de ce legs par l'action de partage *judicio familiæ erciscundæ* (Gaïus, C. II, §§ 217 et 219).

Que décider dans le cas où un testateur a fait un legs *per*

præceptionem à une personne qui n'est pas instituée dans le testament? — D'après les Sabiniens, qui s'attachaient strictement à la formule du legs, ce legs était nul.—D'après les Proculiens, ce legs valait comme legs *per vindicationem*. Il suffisait de retrancher la syllabe *præ* des mots *præ sumito præ cipito*, pour obtenir la formule même d'un legs *per vindicationem*. Suivant Gaïus (C. II, § 221), cette dernière opinion aurait été approuvée par l'empereur Adrien.

Modifications introduites par le sénatus-consulte Néronien. — Lorsque le testateur avait légué un objet dans l'une des quatre formes légales, mais qui ne convenait pas à cet objet, le legs était nul d'après le droit civil. Le sénatus-consulte Néronien a eu pour but d'atténuer cette rigueur et de valider, comme legs *per damnationem*, ces legs qui n'étaient point valables dans la forme employée par le testateur (1).

Ainsi étaient valables comme legs *per damnationem*:

1° Le legs *per vindicationem* de la chose d'autrui (Gaïus, C. II, § 197);

2° Le legs *per vindicationem* d'une chose *in bonis* du testateur (Gaïus, *ibid.*);

3° Le legs *sinendi modo* d'une chose n'appartenant ni au testateur ni à l'héritier (Gaïus, C. II, § 212);

4° Le legs *per præceptionem* fait à l'un des héritiers institués, mais d'une chose autre qu'une *res hereditaria* (Gaïus, § 222);

5° Le legs *per præceptionem* (d'après l'opinion des Sabiniens) fait à un autre qu'à un héritier institué (Gaïus, § 218).

Le sénatus-consulte Néronien laissait subsister les anciennes formules.

Un nouveau progrès fut accompli, en 339, par les fils de Constantin, qui, tout en conservant les quatre espèces

(1) La réforme opérée par le sénatus-consulte Néronien a été sévèrement critiquée par M. Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 496, p. 514, texte et note 34.

de legs, supprimèrent la nécessité des paroles consacrées (Instit., § 2, liv. II, tit. xx).

Justinien est allé plus loin. Des quatre espèces de legs, il n'en fait plus qu'une seule (*ut omnibus legatis una sit natura*). Il déclare que tout legs, sous quelque forme qu'il ait été fait, donnera au légataire trois actions : l'action *réelle en revendication ;* l'action *personnelle ;* l'action *hypothécaire.* — Il est bon de remarquer que l'action réelle en revendication n'appartiendra au légataire que dans deux cas : 1° si le legs porte sur un corps certain, ou sur une chose déterminée; 2° ou bien s'il porte sur des choses d'un certain genre qui au décès du testateur se trouvent dans sa succession (Instit., § 2, *eod.*).

Enfin Justinien assimile en tous points les legs aux fidéicommis (Instit., § 3, *eod.*).

QUE PEUT-ON LÉGUER ?

Principes généraux. — Ne peuvent être léguées que les choses qui sont dans le commerce, et relativement auxquelles les particuliers peuvent avoir des droits. Ainsi, on ne peut pas léguer les choses *divini juris*, les choses destinées à un usage public. De tels legs ne produisent aucun effet. L'héritier n'est tenu à rien, pas même à fournir au légataire l'estimation de la chose léguée (Instit., § 4, liv. II, tit. xx).

Legs de la chose d'autrui. — Le testateur a légué la chose d'autrui (*res aliena*) : ce legs n'est valable qu'autant que le testateur a su qu'il s'agissait de la chose d'autrui. Dans le cas contraire, le legs est nul. C'est au légataire à prouver que le testateur savait que la chose appartenait à autrui (Instit., § 4, *eod.*). Si le testateur a légué sciemment la chose d'autrui, et que, dans l'intervalle de la confection du testament et de l'ouverture de l'hérédité, le légataire l'ait acquise, le legs ne vaudra que sous le bénéfice d'une distinction. — Le légataire est devenu propriétaire

de la chose léguée par un achat, ou par tout autre acte à titre onéreux, il pourra alors demander à l'héritier par l'action *ex testamento* le prix que cette chose lui a coûté. — Le légataire est devenu propriétaire à titre gratuit, comme par donation ou par autre cause semblable, il n'aura pas d'action. Le legs s'évanouit, car il est de principe en droit romain que *duas lucrativas causas in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non posse* (Instit., § 6, *eod.*).

Supposons que la même chose ait été léguée par deux testateurs au même légataire. Tant que l'un des deux legs n'a pas été exécuté, les deux legs coexistent. Mais que décider lorsque l'un des deux legs a reçu son exécution? Il faut distinguer: — Le légataire a-t-il obtenu la chose elle-même, le but des deux legs est accompli; aussi le légataire ne peut rien réclamer en vertu de l'autre testament. — Mais l'héritier, dans l'impossibilité de livrer au légataire la chose elle-même, lui en a payé l'estimation. Alors le légataire pourra obtenir du second héritier soit la chose elle-même, soit l'estimation de la chose (Instit., § 6 *in fine*).

Un testateur a légué le fonds d'autrui. Après la confection du testament, le légataire achète la nue propriété de ce fonds, moins l'usufruit. Plus tard, l'usufruitier meurt. Le légataire profite gratuitement de l'extinction de l'usufruit (*ex lucrativa causa*). Que pourra-t-il réclamer de l'héritier? Il lui est permis de demander le fonds (*fundum petere*); mais le juge ne lui accordera que ce qu'il lui en a coûté pour acquérir la nue propriété (Instit., § 9, *eod.*).

Legs d'une chose appartenant au légataire. — Si un testateur lègue au légataire sa propre chose, le legs est inutile, car on ne peut plus devenir propriétaire de ce qu'on a déjà. Et même, la chose eût-elle cessé d'appartenir au légataire lors de la mort du testateur, ce legs n'en resterait pas moins inutile, et l'héritier ne devrait ni la chose ni sa valeur (Instit., § 10, *eod.*). Mais la validité de ce

même legs ne souffrirait aucune difficulté, s'il était fait sous la condition que la chose léguée ait cessé d'appartenir au légataire lors de l'ouverture du droit (*quando dies legati cedit*).

Legs d'une chose appartenant au testateur. — Un testateur lègue sa propre chose, la croyant à autrui, le legs n'en est pas moins valable, car le testateur aurait fait le legs à plus forte raison, s'il eût su être propriétaire (*nam plus valet quod in veritate est quam quod in opinione*. Instit., § 11, *eod.*).

Que décider dans le cas où le testateur lègue une chose hypothéquée? L'héritier sera-t-il tenu de dégrever la chose? Il faut distinguer. Si le testateur savait que la chose qu'il léguait était hypothéquée, l'héritier sera tenu de faire disparaître l'hypothèque, en payant le créancier. Le fardeau de la preuve incombe en pareil cas au légataire. Mais si le testateur l'ignorait, l'héritier n'était pas tenu de dégrever la chose pour la remettre au légataire. De plus, lorsque le testateur a manifesté clairement l'intention de laisser le dégrèvement à la charge du légataire, l'héritier en est libéré. Si le légataire reçoit la chose frappée d'hypothèque, il est obligé, pour profiter du legs, de payer la dette hypothécaire; mais, dans ce cas, il a un recours contre l'héritier (Instit., § 5, *eod.*).

Un testateur lègue sa propre chose; plus tard, il l'aliène, le legs devient-il inutile? C'est, nous disent les Institutes (§ 5), une question d'intention. Il faut voir si, par cette aliénation, le testateur a eu, ou non, l'intention de révoquer le legs. La volonté du testateur ne saurait être douteuse au cas de donation de la chose léguée. Le legs s'évanouirait. Il est bon de remarquer que cette conséquence se produirait même au cas de nullité de la donation (LL. 18, 24, § 1, D., *De adim. vel transfer. leg.*, liv. XXXIV, tit. IV). — Au contraire, l'intention de révoquer un legs ne résulte jamais du seul fait par le testateur d'avoir hypothéqué ou donné en gage la chose lé-

guée. Le légataire pourra donc exiger de l'héritier la délivrance de la chose léguée franche et quitte de toute charge (Instit., § 12, *eod.*).

Legs de libération. — Un testateur qui a un débiteur lègue à ce débiteur ce qu'il lui doit. Quel est l'effet de ce legs? Un semblable legs n'opère pas de plein droit la libération du débiteur. Il est, en effet, de principe en droit romain, que les obligations ne s'éteignent que par des modes reconnus par le droit civil. Or le legs n'est point classé parmi les modes d'extinction des obligations. Le légataire pourra toujours être actionné par l'héritier, mais il aura, pour repousser cette action, une *exception de dol.* Bien plus, au moyen de l'action *ex testamento,* le légataire sera libre d'actionner immédiatement l'héritier pour qu'il ait à le libérer (*ut liberet eum*) par l'un des modes d'extinction des obligations (Instit., § 13, *eod.*).

Legs par un débiteur à son créancier de ce qu'il lui doit. — Ce legs est-il valable? Il faut distinguer : — Si le legs ne contient rien de plus que la créance, il n'est pas valable, puisque le créancier n'a aucun intérêt à s'en prévaloir. — Si, au contraire, le legs offre quelque avantage au créancier, il sera exécuté; *par exemple,* la créance primitive est conditionnelle, ou à terme, et le legs est pur et simple. Le créancier a intérêt à s'en prévaloir. Que décider, cependant, lorsque cette dette à terme ou conditionnelle, dans l'intervalle de temps qui s'écoule entre la confection du testament et la mort du testateur, devient pure et simple par l'arrivée du terme ou la réalisation de la condition? Il y a controverse sur ce point. Papinien enseigne que ce legs est valable, parce qu'il l'a été dans le principe (*quia semel constitit*). C'est la doctrine qui a prévalu (Instit., § 14, *eod.*).

Legs de la dot fait par le mari à sa femme. — La femme est créancière du mari à raison de sa dot. Lors donc qu'un testateur lègue à sa femme le montant de sa dot, il lui lègue ce qu'il lui doit. Ce legs est valable, car la femme

a quelque intérêt à s'en prévaloir. En effet, la dot pourra être exigée immédiatement après l'ouverture de l'hérédité par l'action *ex testamento*. Au contraire, le remboursement de la dot ne se fait qu'après des délais déterminés par l'action *rei uxoriæ* (Instit., § 15, *eod.*). En outre, par l'action *ex testamento*, la femme échappera aux retenues du chef des impenses nécessaires faites aux biens dotaux, retenues qu'elle doit subir dans l'action *rei uxoriæ*.

Que décider si la femme n'a pas apporté de dot? — D'après un rescrit de Sévère et d'Antonin, on distingue : — Si le testateur n'a point pris soin de déterminer le legs, le legs est nul puisqu'il n'a pas d'objet. — Il est valable, au contraire, si le testateur déclare léguer à sa femme telle somme, exemple, *cent sous d'or ;* ou tel objet, exemple : *l'esclave Stichus*, qu'il a reçu d'elle *en dot*, quoiqu'il n'eût réellement rien reçu. En effet, la fausse qualification de l'objet du legs ne vicie point la libéralité (Instit., § 15 *in fine*).

Legs d'une chose principale.

Le legs d'une chose principale comprend les accessoires de cette chose. Les Institutes citent le cas où une maison a été léguée : le légataire profitera des colonnes et des marbres qui ont pu y être ajoutés depuis la confection du testament (Instit., § 19, *eod.*) (1).

Legs d'une universitatis juris.

Il y en a deux principaux : 1° Le legs d'un pécule ; 2° le legs partiaire (*partitio*).

1° *Legs d'un pécule.* — Tout accroissement ou toute diminution que peut subir le pécule est au profit ou à la charge du légataire au moins jusqu'au jour de la mort du testateur. — Quant aux acquisitions faites par l'esclave après la mort du testateur, et avant l'adition d'hérédité, il faut distinguer : si c'est à l'*esclave* lui-même que le pécule a été légué avec affranchissement ou bien si c'est à un

(1) Voy., *infra*, p. 274.

étranger. Dans le *premier cas*, comme le droit éventuel du légataire ne se fixe qu'au moment de l'adition d'hérédité, les augmentations qui surviennent au pécule, même celles qui ne proviennent pas directement des choses du pécule, profitent à l'esclave. Dans le *second cas*, comme le droit éventuel du légataire (*extraneus*) se fixe à la mort du testateur, l'étranger ne bénéficie des augmentations postérieures qu'autant qu'elles sont une conséquence du pécule (Instit., § 20, *eod.*).

Le legs du pécule peut s'induire des circonstances suivantes. Exemple : le maître a légué la liberté à son esclave, en lui imposant l'obligation de rendre ses comptes. Il y a alors séparation du patrimoine du maître d'avec celui de l'esclave (Instit., *ibid.*).

Le legs d'un troupeau comprend les brebis qui viennent depuis la même époque augmenter le bétail (Instit., § 18, *eod.*).

2° *Legs partiaire* (*partitio*). — Un testateur peut léguer une quote-part de son patrimoine. C'est ce que l'on appelle *legatum partitionis*. — Remarquons que le légataire même d'une quote-part de l'hérédité ne représente jamais le défunt. Aussi, les créances et les dettes du défunt passent sur la tête de l'héritier qui en tiendra compte au légataire partiaire (Ulpien, *Reg.*, tit. XXIV, § 25).

Legs de genre. — Un testateur peut léguer une chose d'un certain genre (*in genere*) ; par exemple, un cheval en général. Il faut donc que le genre soit suffisamment déterminé. Ainsi serait nul le legs *d'un animal*. — Parmi les choses du même genre, il faut faire un choix. *Avant Justinien*, le choix appartenait, dans le legs *per vindicationem*, au légataire; dans le legs *per damnationem*, à l'héritier (Ulpien, *Reg.*, tit. XXIV, § 14). *Sous Justinien*, le choix appartient, dans tous les cas, au légataire, à moins de disposition contraire du testateur. Cette règle des Institutes est trop absolue : par la force même des choses, l'héritier doit avoir le choix toutes les fois qu'il n'existe dans le patrimoine

du défunt aucun objet du genre légué (Instit., § 22, *eod.*).

Que le choix appartienne au légataire ou à l'héritier, il ne peut porter ni sur l'objet le meilleur, ni sur le plus mauvais du genre légué (L. 37, *pr.*, D., *De leg.* 1°) (1).

Legs d'une chose future. — Un testateur peut léguer une chose qui n'existe pas (*quæ in rerum natura non est*), mais qui existera plus tard (*si modo futura est*); par exemple, l'enfant qui naîtra de telle esclave (Instit., § 7, liv. II, tit. XX).

Legs d'une chose incorporelle. — Un testateur qui a un droit de créance sur un tiers peut léguer ce droit. L'héritier alors est tenu de céder au légataire les actions qui tendent au recouvrement de cette créance. Le légataire agira alors comme mandataire (*procurator*) de l'héritier, mais il sera dispensé de lui rendre compte, il sera *procurator in rem suam* (Instit., § 21, *eod.*).

Legs d'option. — Un testateur peut léguer à une personne le *droit de choisir* entre plusieurs choses, c'est le legs d'*option*. Avant Justinien, ce legs d'option n'était valable qu'autant que le légataire avait lui-même exercé son choix, faculté essentiellement personnelle. Si donc le légataire mourait *avant d'avoir opté*, il ne transmettait rien à ses héritiers. — Justinien décide que ce legs sera valable par cela seul que le légataire aura succédé au testateur. S'il meurt avant d'avoir opté, il transmet son droit à ses héritiers. — Justinien innove sur un autre point. Dans l'ancien droit, lorsque le legs d'option a été fait à plusieurs, les différents colégataires devaient se mettre d'accord sur le choix, sinon le legs s'évanouissait. Justinien décide qu'en cas de dissentiment entre les colégataires, le legs ne périra point, et qu'on tirera au sort celui qui devra choisir (*ut ad quem sors perveniat, illius sententia in optione præcellat*) (Instit., § 23, *eod.*; L. 3, C., liv. VI, tit. XLIII).

(1) *Sic*, M. Van Wetter, t. I, § 183, p. 639. — Toutefois M. Mayne, t. II, § 276, p. 87, semble permettre au débiteur d'un genre proprement dit d'offrir le dernier objet de ce genre.

A QUELLES PERSONNES PEUT-ON LÉGUER

On ne peut léguer qu'à ceux avec qui on a faction de testament, c'est-à-dire à ceux que l'on peut instituer héritiers (Instit., § 24, liv. II, tit. xx).

A mesure que la *testamenti factio* s'est étendue à certaines personnes pour l'institution d'héritier, elle s'est également étendue pour les legs (Instit., §§ 25 à 29, *eod.*).

Ainsi, notamment, les personnes incertaines et les posthumes externes privés dans l'ancien droit de la capacité d'être institués héritiers ou légataires ont été relevés de cette impuissance par Justinien.

(*Se reporter aux développements que nous avons donnés sur ces différents points, supra*, p. 205 et suiv., 213.)

Il est bon de remarquer qu'en matière de legs, comme en matière d'hérédité, il a fallu sous le système des lois caducaires distinguer le *jus capiendi* de la *testamenti factio*. Sous Justinien, cette distinction a complétement disparu de la législation.

(*Se reporter aux développements donnés sur ce point, supra*, p. 213 et 214.)

Dès l'instant qu'il est certain que le testateur a voulu désigner telle personne déterminée, l'erreur commise sur le nom, le surnom ou le prénom du légataire, n'entraîne pas la nullité du legs (Instit., § 29, *eod.*).

Il est également indifférent que le testateur ait désigné le légataire par une qualité qui ne lui appartient pas (*falsa demonstratione legatum non perimi*). Par exemple, *je lègue l'esclave Stichus que j'ai acheté de Séius*, tandis qu'il a été acheté d'un autre. Le legs est parfaitement valable, malgré cette erreur (Instit., § 30, *eod.*).

A plus forte raison, si le testateur a indiqué comme motif du legs une cause erronée (*falsa causa*); par exemple, *je lègue Stichus à Titius parce qu'il a géré mes*

affaires pendant mon absence. Quoique Titius n'ait pas géré les affaires du testateur, le legs est valable. L'énonciation du motif est, en effet, une chose insignifiante qui aurait pu ne pas être donnée. Mais il en serait autrement si le motif avait été énoncé *sous forme de condition.* Dans ce cas, le motif erroné ferait évanouir le legs (Instit., § 31, *eod.*).

DES DIVERSES MODALITÉS DES LEGS

Un legs peut être fait purement ou simplement, ou sous condition, ou sous un mode, ou à terme, ou à titre de peine.

Sous condition, lorsque le testateur a subordonné la réalisation du legs à un événement futur et incertain.

Si le legs est fait sous une condition impossible ou illicite, il n'est pas nul. La condition impossible ou illicite est réputée non écrite. Telle était du moins l'opinion des Sabiniens qui a fini par prévaloir (Gaïus, C. III, § 98; Instit., § 10, liv. II, tit. XIV) (1).

Quand un legs est fait sous une condition négative, par exemple, je lègue cent sous d'or à Titius s'il ne monte pas au Capitole, cette condition ne sera accomplie qu'à la mort du légataire. Rigoureusement donc le légataire ne devra pas profiter de la libéralité du défunt.

Cependant, pour donner à la volonté du testateur tout son effet, *Quintus Mutius*, au moyen d'une formule, a permis au légataire de se mettre en possession de la chose léguée. Si plus tard il faisait défaillir la condition de son legs, alors il était obligé de rendre la chose, objet du legs, et les profits qu'il avait retirés de la chose. Cette formule s'appelait *caution Mutienne* (L. 7, D., *De cond. et demonstr.*, liv. XXXV, tit. I). — La caution Mutienne était une *satisdatio* (LL. 67, 106, D., *eod.*); elle était fournie à la

(1) Mais, comme la succession testamentaire n'a d'autre raison d'être que la volonté du défunt, cette règle, suivant M. Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 474, p. 340, texte et note 24, ne saurait s'appliquer au cas où le testateur aurait déclaré, ou qu'il résulterait clairement des circonstances, qu'il a réellement entendu subordonner sa libéralité à la condition qu'il y a mise. Le legs serait alors nul.

personne qui devait, en cas de contravention, profiter de la déchéance du légataire (L. 18, D., *eod.*), c'est-à-dire à l'héritier (1).

Le legs fait sous la condition qu'un tiers le voudra bien ne produit aucun effet (L. 52, D., *eod.*).

Sous un mode (*sub modo*), lorsque le testateur a dit, par exemple, *je lègue cent sesterces à Titius ad monumentum meum ædificandum* (L. 40, § 5, D., *eod.*). Le mode diffère de la condition en ce qu'il confrère un droit immédiat au légataire à la charge de donner caution pour l'accomplissement de la modalité, tandis que la condition suspend l'effet de la disposition jusqu'à ce qu'elle soit réalisée (L. 80, D., *eod.*).

A terme, c'est là une différence capitale entre le legs et l'institution d'héritier (2).

Le terme est certain ou incertain.

Le terme incertain en matière de legs, comme en matière d'institution d'héritier, est considéré comme une condition (*dies incertus conditionem in testamento facit*). Il faut donc appliquer aux legs faits *sub die incerto* les mêmes règles et les mêmes effets qu'aux legs conditionnels. — Néanmoins, lorsque le terme incertain arrivera indubitablement du vivant du légataire : par exemple, *je lègue à Titius cent sesterces, quand il mourra* (*cum morietur*), le *dies incertus* ne fait pas condition; il ne constitue qu'un terme ordinaire (LL. 75, 79, D., *eod.*).

On ne pouvait pas dans l'ancien droit romain faire un legs *post mortem heredis* ou *post mortem legatarii;* ou encore, *pridie quam heres aut legatarius morietur*. Au contraire, était valable le legs fait *cum morietur heres vel legatarius*. Justinien a supprimé toutes ces subtilités et a déclaré valider indistinctement ces divers legs (Instit., § 35, liv. II, tit. xx).

(1) Voy., pour plus de détails, sur la caution Mutienne, en matière de legs, M. Bufnoir, *Théor. de la condition*, p. 348-353.
(2) V. *suprà*, liv. II, tit. xiv, p. 220 et 221.

A titre de peine : le legs à titre de peine était nul dans l'ancien droit. Un legs était à titre de peine, quand il était fait pour contraindre l'héritier à faire ou à ne pas faire quelque chose : par exemple, *si mon héritier donne sa fille en mariage à Titius, qu'il paye dix sous d'or à Séius.* La nullité de pareils legs dérivait de deux raisons :

1° Le legs est essentiellement un acte de libéralité ; or, dans les legs à titre de peine, ce caractère de bienveillance disparaît sous la contrainte imposée à l'héritier.

2° Le legs doit être un acte de la volonté du disposant ; or, dans le legs à titre de peine, la libéralité dépend entièrement de la volonté de l'héritier.

Était aussi nulle l'institution d'héritier faite à titre de peine.

Justinien abroge cette règle de l'ancien droit. Il accorde plus de liberté à la volonté du testateur. Le legs à titre de peine est désormais valable (*nihil distare a cæteris legatis*), à moins que l'objet ne soit honteux, contraire aux lois, ou impossible (Instit., § 36, *eod.*).

THÉORIE DE L'ACCROISSEMENT

Lorsqu'une chose a été léguée à plusieurs personnes, si l'un des légataires est incapable de recueillir la part qui lui était destinée, ou qu'il la répudie, que devient cette part ? Profitera-t-elle à l'héritier ou aux autres colégataires ? Pour résoudre cette question, il faut se placer aux trois époques suivantes :

Droit antérieur aux lois caducaires. — Il faut distinguer les diverses espèces de legs.

1° *Du legs per vindicationem.* — Ce legs peut être fait à deux personnes, soit *conjunctim*, c'est-à-dire par une seule et même disposition ; soit *disjunctim*, c'est-à-dire par des dispositions distinctes. *Conjunctim*, par exemple : je donne et lègue l'esclave Stichus à Titius et Séius (*Titio et Seio hominem Stichum do, lego*). *Disjunctim*, par exem-

ple : je donne et lègue à Titius l'esclave Stichus ; je donne et lègue à Séius, Stichus (*Titio hominem Stichum do, lego; Seio Stichum do, lego*). Dans l'un et l'autre cas, chaque légataire a la vocation à la totalité du legs (*in solidum habuerant*). Aussi, lorsque l'un des colégataires fait défaut, sa part profite par accroissement à l'autre. Mais si les deux colégataires viennent ensemble, il y a partage entre eux (*concursu partes fiunt*) (Gaïus, C. II, § 199; Ulpien, *Reg.*, tit. XXIV, § 12).

2° *Du legs per damnationem.*—Il n'y a jamais lieu à accroissement. En effet, si le legs a été fait à deux colégataires *conjunctim*, chacun des deux colégataires n'a dès l'origine de vocation qu'à une portion de la chose léguée. Si donc l'un des colégataires fait défaut, c'est l'héritier débiteur du legs qui en profite.—Le legs *per damnationem* a été fait à deux colégataires *disjunctim*. Dans ce cas, la chose est due tout entière dès l'origine à chacun des deux colégataires. Si les deux colégataires viennent à la fois, l'héritier grevé du legs devra donner la chose entière au premier légataire qui le poursuivra; il en payera seulement l'estimation à l'autre légataire. La défaillance de l'un des colégataires ne profitera qu'à l'héritier qui ne devra qu'une seule fois l'objet du legs (Gaïus, C. II, § 205 ; Ulpien, *Reg.*, tit. XXIV, § 13).

Le motif d'une différence aussi tranchée entre le legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem* résulte de la nature différente de ce qui est légué par l'une ou l'autre forme, dont la première nous présente un droit de propriété, la seconde un droit de créance constitué au profit du légataire (1).

3° *Du legs sinendi modo.*—Ou bien le legs *sinendi modo* a été fait *conjunctim* à deux légataires ; ou il a été fait *disjunctim*.

(1) Voy., pour plus de détails, sur le motif de cette différence, M. Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 17-25.

Dans le premier cas, il n'y a pas lieu à accroissement. Comme dans le legs *per damnationem*, c'est l'héritier qui profite de la défaillance d'un colégataire conjoint.—Dans le second cas, Gaïus (C. II, § 215) nous apprend qu'il y a une controverse entre les jurisconsultes. Les uns prétendent qu'il faut appliquer les règles du legs *per damnationem* fait *disjunctim*. Les autres soutiennent qu'il y a ici une assimilation complète à faire avec le legs *per vindicationem disjunctim*.

4° *Du legs per præceptionem.* — Le legs *per præceptionem* est une espèce de legs *per vindicationem*. Il y a donc lieu à appliquer au legs *per præceptionem conjunctim* ou *disjunctim* les mêmes règles qu'au legs *per vindicationem* (Gaïus, C. II, § 223).

II. Système introduit par les lois caducaires.—Les lois caducaires *Julia* et *Papia Poppæa* ont apporté à la théorie du droit d'accroissement de graves modifications. Écartons d'abord le cas où le legs fait à l'un des colégataires est nul dès l'origine; dans cette hypothèse il y a une disposition que l'on désigne sous le nom spécial de *pro non scripto*. Les lois caducaires ne s'y appliquent point. Les règles du vieux droit d'accroissement continuent à rester en vigueur (1).

Il reste donc les parts *caduques* (*caduca*) et les parts *quasi-caduques* (*in causa caduci*).

Des parts caduques. — Les parts caduques sont celles dont le bénéfice est enlevé aux célibataires, aux *orbi* (2), c'est-à-dire à ceux qui sont mariés, mais qui n'ont pas eu d'enfants, et aux Latins-Juniens par l'application des lois caducaires.

(1) D'après Schneider, *Das altcivile und Justinianeische Anwachsungs Recht.*, p. 204 et suiv., il y aurait eu dix-neuf cas d'application des dispositions *pro non scripto* (D. liv. XXXIV, tit. VIII). M. Machelard, *Théor. du droit d'accroissement*, p. 177 et suiv., conteste, sur certains points, l'exactitude des propositions de Schneider, et croit cette énumération susceptible de réduction.

(2) L'incapacité des *orbi* n'était que partielle; elle ne les privait que de la moitié de ce qui leur était laissé (V *suprà*, liv. II, tit. XIV, p. 214).

Des parts quasi-caduques (*in causa caduci*). — Les parts *quasi-caduques* sont celles qui, valables dès le principe, tombent en désuétude par des causes indépendantes des lois caducaires, et par l'application des règles de l'ancien droit. Ainsi, le légataire répudie le legs, ou meurt dans l'intervalle entre la confection du testament et la mort du testateur.

Dévolution des parts caduques et quasi-caduques d'après les lois *Julia* et *Papia Poppæa*. — Les parts caduques ou quasi-caduques sont attribuées aux personnes qui, inscrites dans le testament, ont des enfants légitimes. C'est le *jus patrum* ou le *jus caduca vindicandi*. Mais dans quel ordre se fera l'attribution des *caduca* entre les différents *patres?* Les lois caducaires appellent :

En premier ordre, les légataires conjoints. Les légataires peuvent être conjoints *re* et *verbis*, ce qui a lieu lorsque la même chose a été léguée à plusieurs personnes par une seule et même disposition. Exemple : *je lègue tel fonds à Titius et à Séius.* — Ils peuvent être conjoints *verbis tantum*, ce qui a lieu lorsqu'une chose a été léguée par une seule disposition à plusieurs légataires, mais avec désignation de part pour chaque légataire. Exemple : *je lègue tel fonds à Titius et à Séius, à chacun pour une moitié.*— Ils peuvent être conjoints *re tantum*, lorsque le testateur a légué une même chose à plusieurs personnes par des phrases séparées. Exemple : *je lègue tel fonds à Titius : je lègue le même fonds à Séius.*— Les deux premières classes de conjoints avaient seules le *jus caduca vindicandi* en premier ordre.

En second ordre, les héritiers institués, pourvu qu'ils soient *patres*.

En troisième ordre, les légataires non conjoints, ou conjoints *re tantum* qui ont des enfants.

En quatrième ordre, à défaut de toute personne ayant des enfants, le fisc.

De la solidi capacitas. — Certaines personnes, bien que

cœlibes ou *orbi*, sont, pour des raisons différentes, exemptes de la disgrâce dont la loi frappe l'une ou l'autre de ces conditions. Mais il y a uniquement pour elles immunité quant aux peines; elles ne sauraient prétendre participer aux avantages réservés à la paternité. Leur droit se borne à conserver sans restriction (*solidum*) ce qui leur a été laissé. Elles auront tout ce dont elles auront été gratifiées, mais rien au delà.

Quelles sont les personnes au profit desquelles existe la *solidi capacitas?* Elle appartient notamment aux impubères, et même aux mineurs de vingt ou vingt-cinq ans, suivant le sexe; au fiancé; aux vieillards, sauf restriction; à celui qui est impuissant, ou absent pour motifs légitimes, aux conjoints jusqu'au sixième degré et au septième degré le fils du *sobrinus* et de la *sobrina* seulement, enfin à certains alliés (1).

Du jus antiquum. — Le *jus antiquum*, qu'il ne faut pas confondre avec la *solidi capacitas*, assure à ceux qui peuvent l'invoquer une position plus avantageuse. C'est l'ancien droit d'accroissement maintenu au profit des descendants ou ascendants du testateur jusqu'au troisième degré inclusivement. Ainsi, les *liberi* et les *parentes* profitent de la défaillance de leurs colégataires, sans qu'on puisse leur objecter leur qualité de *cœlibes* ou d'*orbi* (2).

III. Époque de Justinien. — Des adoucissements aux rigueurs primitives des lois *Julia* et *Papia* furent apportés par les empereurs Tibère et Constantin. Justinien par la loi *Unic.*, C., *De cad. toll.*, liv. VI, tit. LI, fait disparaître les derniers vestiges des lois caducaires, et rétablit les anciens principes du droit d'accroissement en matière de legs *per vindicationem*.

Que deviennent les charges imposées au défaillant en

(1) Voy., sur tous ces points, M. Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 60 et suiv.
(2) *Sic*, M. Machelard, *op. cit.*, p. 95 et suiv.

cas d'accroissement? — Il faut distinguer trois époques.

Avant le système des lois caducaires, l'accroissement est forcé, il a lieu *etiam invito colegatario;* mais sans charge, *sine onere*.

Sous les lois caducaires, les *patres*, appelés à profiter des parts caduques, peuvent y renoncer; il n'y a donc point de dévolution forcée. Mais l'acceptation d'une part caduque oblige les *patres* qui l'ont acceptée à supporter les charges qui la grèvent.

Sous Justinien, il y a à distinguer suivant que le legs a été fait à plusieurs personnes *conjunctim* ou *disjunctim*. Dans le premier cas, l'accroissement est volontaire, en conséquence il a lieu *cum onere*. Dans le second cas, l'accroissement est forcé, il se produit *sine onere*.

RÈGLE CATONIENNE

La règle Catonienne est ainsi appelée du nom de son auteur, c'est-à-dire du nom du jurisconsulte qui la fit prévaloir. Mais on ignore quel est précisément celui des Catons qui donna son nom à cette règle (1).

Voici la teneur de la règle telle qu'elle nous est fournie par Celse (L. 1, *pr.*, D., *De reg. Cat.*, liv. XXXIV, tit. VII) : *Catoniana regula sic definit : quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere.* Ainsi, pour apprécier la validité d'un legs, il faut supposer que la mort du testateur est arrivée immédiatement après la confection du

(1) M. Machelard (*Étud. sur la règle Cat.*, Rev. hist. de dr. franç., t. VIII, p. 343) inclinerait à croire que les fragments du Digeste, où il est fait mention des *libri Catonis*, se réfèrent non à Caton le Censeur, mais à son fils, et que c'est là que se trouvait formulée la règle dite Catonienne, dont l'introduction est antérieure à l'an 600 de Rome.

testament. Dans cette hypothèse, si le legs ne pouvait avoir aucune efficacité, il reste nul malgré la survie du testateur. Il n'y a pas à tenir compte des changements survenus dans l'intervalle écoulé depuis la confection du testament jusqu'au moment réel du décès. Peu importe que les obstacles qui existaient à l'origine aient disparu dans l'entre-temps (1).

La règle Catonienne n'était d'ailleurs qu'une confirmation, à l'occasion des legs, du principe général posé par la loi 29, D., *De reg. jur.*, liv. L, tit. XVII : « *Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere.* » Elle était destinée à faire cesser la controverse qui s'était élevée relativement à l'*initium* du legs, en plaçant cet *initium* non à l'époque de la mort du testateur, mais au jour même de la confection du testament (2).

La règle Catonienne ne s'appliquait pas aux institutions d'héritiers, à l'égard desquelles l'*initium* n'a jamais fait difficulté (3).

Même en matière de legs, la règle Catonienne n'était pas absolue; elle ne régissait que les legs dont le *dies cedens* se plaçait à la mort du testateur, et n'avait aucune influence sur ceux dont le *dies cedens* était postérieur à cet événement (L. 3, D., *De reg. Cat.*, liv. XXXIV, tit. VII). On sait que, pour un legs conditionnel, le *dies cedens* était différé jusqu'à l'événement de la condition. Il dépendait donc toujours de la volonté du testateur, en ajoutant une condition à son legs, de le mettre hors de l'atteinte de la règle Catonienne.

Il n'y avait, au point de vue de l'application de la règle

(1) Voy., sur la justification rationnelle de la règle Catonienne, MM. Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. II, n° 860; Machelard, *loc. cit.*, p. 341, n° 3.

(2) *Sic*, MM. Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 540, *Observ.* 3, n° 1; Mayne, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 521, p. 638; Machelard, *loc. cit.*, p. 348, n° 11; Ortolan, *loc. cit.*

(3) Voy., sur cette question controversée, MM. Machelard, *loc. cit.*, p. 323, n°s 16 et suiv.; Ortolan, t. II, p. 574, note 2; de Fresquet, t. I, p. 454; Accarias, 2e édit., t. I, n° 393, p. 953, note 2 *in fine*; Mayne, t. III, § 521, p. 638, note 11.

Catonienne, aucune distinction à établir entre les legs et les fidéicommis. Toutefois cette opinion est loin d'être généralement admise (1).

Dans l'ancienne jurisprudence, l'opinion qui ralliait les suffrages des commentateurs les plus célèbres était que le jeu de la règle Catonienne avait été en général supprimé pour les legs à partir des lois caducaires jusqu'à Justinien. Ces données sont vivement combattues et repoussées par la science moderne (2).

DU DIES CEDIT ET DU DIES VENIT

M. Ortolan (t. II, n° 850), a donné de ces deux expressions une définition qui est aujourd'hui généralement adoptée.

Dies cedit signifie « que le droit éventuel au legs est fixé, est déterminé au profit du légataire, et que l'exigibilité du legs s'avance. »

Dies venit signifie « que l'échéance du droit, que l'exigibilité est arrivée. »

A quel moment ont lieu le dies cedit et le dies venit ?

Dies cedit. — Dans les legs *purs* et *simples* ou *à terme certain* le *dies cedit* a lieu *a morte testatoris*. Cependant, sous l'empire des lois caducaires, cette époque avait été retardée jusqu'au jour *de l'ouverture des tablettes du testament* (*apertura tabularum*). L'abrogation des lois caducaires par Justinien a ramené les anciennes règles.

Dans les legs *conditionnels* ou à *terme incertain*, le *dies cedit* a lieu *ab eventu conditionis*, c'est-à-dire au moment de l'accomplissement de la condition (3).

(1) Voy., pour les détails de cette controverse, M. Machelard, *op. cit.*, p. 536, n°s 84 et suiv.

(2) *Sic*, MM. Machelard, *loc. cit.*, p. 533, n°s 76 et suiv.; Vangerow, *Lehrb.*, § 540, n° 44; Accarias, 2e édit., t. I, n° 394, p. 955, note 4; Namur, 2e édit., t. II, § 451, p. 249; Maynz, t. III, § 524 *in fine*, p. 640, texte et notes 24-25.

(3) Il est bon de remarquer ici que, bien que le *dies cedit* ait lieu, le

Dans les legs exclusivement attachés à la personne, comme de liberté, d'usufruit, d'usage, d'habitation, le *dies cedit* a lieu seulement au moment de l'adition d'hérédité ; ces legs n'étant pas transmissibles aux héritiers, on avait pensé qu'il n'y avait pas utilité à placer le *dies cedit* à une époque plus rapprochée de la mort du testateur.

Enfin, dans le legs des travaux d'un esclave (*operæ legatæ*) le *dies cedit* se place au jour de la demande.

Dies venit. — Le *dies venit* a lieu, pour les legs purs et simples, au moment de l'adition de l'hérédité. Quand le legs est conditionnel ou à terme, le *dies venit* est reculé jusqu'à l'arrivée du terme, ou l'accomplissement de la condition.

Effet du dies cedit. — Ils se produisent :

1° Relativement à la transmissibilité du legs qui, à partir de ce moment, passe ordinairement aux héritiers du légataire;

2° Relativement à la détermination des personnes qui doivent profiter du legs ;

3° Relativement à la détermination des choses léguées ;

4° Relativement à la perte ou à la conservation du droit légué.

TITRE XXI

De la révocation, de la translation et de l'extinction des legs

De la révocation d'un legs. — Cette révocation peut être expresse ou tacite :

Expresse, lorsqu'elle se trouve dans le testament lui-même, ou dans des codicilles. A l'époque de la jurisprudence classique, la révocation expresse ne pouvait avoir lieu qu'en termes solennels et exactement contraires à ceux que l'on avait employés pour faire le legs. Ainsi le testateur avait-il dit : *do, lego ;* il devait dire *non do, non*

legs reste cependant subordonné à la condition de la validité de l'institution de l'héritier. En effet, si l'héritier refuse de faire adition, le legs s'évanouit.

lego. Justinien supprime cette rigueur; il déclare valable toute révocation qui serait faite même en termes non contraires. Il suffit que le testateur manifeste clairement sa volonté. De plus, en cas de révocation expresse par codicille, le codicille devait, à l'origine, être confirmé d'avance par le testament. Justinien n'exige plus cette confirmation (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XXI).

Tacite, lorsqu'elle résulte de certains faits. Ainsi, le testateur détruit la chose léguée, il la retire du commerce, etc., etc. Le legs ne peut plus s'exécuter, puisqu'il est désormais sans objet (1).

La révocation d'un legs peut être *pure* et *simple* ou *conditionnelle*.

De la translation d'un legs. — La *translatio legati* s'opère de quatre manières : — 1° par changement de légataire; — 2° par changement de l'héritier chargé du legs; — 3° par changement de l'objet légué; — 4° par opposition ou changement de modalité (L. 6, *pr.*, D., *De adim et transf. leg.*, liv. XXXIV, tit. IV). — Les Institutes ne s'occupent que de la première hypothèse qui est la plus ordinaire.

Il y a deux sortes d'effets dans la translation d'un legs : 1° la révocation du legs fait à une première personne; 2° l'attribution à une seconde personne. Exemple : *je lègue à Séius l'esclave que j'ai légué à Titius*. Cette disposition entraîne révocation du legs fait à Titius et attribution du legs à Séius. Dans ce cas, le premier legs est révoqué définitivement, lors même que le second legs ne produirait aucun effet (Instit., § 1, *eod.*).

Cette translation peut être *pure* et *simple* ou *conditionnelle*. — Si elle est *conditionnelle*, le premier legs ne sera révoqué que sous condition.

De l'extinction d'un legs. — Il y a quatre causes prin-

(1) Voy. aussi, *suprà*, p. 256, en ce qui touche l'effet de l'aliénation de la chose léguée consentie par le testateur, relativement à la révocation du legs

cipales d'extinction : —1° la défaillance de la condition ; — 2° la mort ou l'incapacité du légataire survenue avant le *dies cedens ;* — 3° l'acquisition de la chose léguée faite par le légataire à titre gratuit ; — 4° la perte de la chose.

Cette dernière cause d'extinction demande quelques explications.

Lorsque le legs est d'un corps certain, la perte de la chose léguée entraîne l'extinction du legs. Mais il faut que la perte arrive sans le fait de l'héritier (*sine facto heredis*) (Instit., § 16, *eod.*).

Lorsqu'il s'agit du legs d'une *chose principale*, la destruction de l'objet principal emporte caducité du legs même pour les accessoires qui subsistent. Exemple : le testateur a légué un esclave avec son pécule ; la mort, l'affranchissement, ou l'aliénation de l'esclave prive le légataire de tout droit même au pécule. De même pour le legs d'un fonds *garni d'instruments* ou *avec ses instruments* (*fundus instructus vel cum instrumento*), la perte ou l'aliénation du fonds entraîne celle de l'accessoire, c'est-à-dire de l'*instrumentum* (Instit., § 17, *eod.*).

Lorsqu'il s'agit d'un legs comprenant *plusieurs choses distinctes ;* par exemple, un testateur a légué une esclave avec ses enfants (*ancillas cum suis natis*) ; la mort de la mère laisse subsister le legs quant aux enfants, car les enfants ne sont pas les accessoires de la mère.—De même, s'il a légué des esclaves ordinaires avec leurs vicaires, (*ordinarii cum vicariis*), la mort des esclaves ordinaires n'entraîne pas l'extinction du legs par rapport aux vicaires. — Pareillement encore, le legs d'un troupeau subsiste toujours, quoique le troupeau se trouve réduit à une seule tête. Le légataire peut revendiquer ce qui reste (*quod superfuerit vindicari potest*) (Instit., § 18, *eod.*). — De même quand il s'agit du legs d'une maison ; si la maison périt totalement, le légataire conserve tous ses droits sur les matériaux et le sol (L. 22, D., *De leg.*, 2°).

TITRE XXII

De la loi Falcidie

D'après la loi des Douze Tables, le testateur était libre de distribuer son patrimoine entier à des légataires (*totum patrimonium erogare*). Or il arrivait que l'héritier, n'ayant aucun intérêt à faire adition d'hérédité, répudiait la succession. Le testament devenait dès lors sans effet, et les legs ne recevaient pas leur exécution. Le défunt se trouvait *intestat*, ce qui était considéré comme une honte. Ces conséquences étaient fâcheuses pour le testateur, pour l'héritier, pour le légataire.

Plusieurs lois ont essayé de remédier à ces inconvénients, et de restreindre le droit illimité du testateur de disposer de son patrimoine (*licentia legandi*) (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XXII). Telles ont été les lois *Furia testamentaria*, *Voconia* et *Falcidia*.

I. Loi Furia testamentaria.

Ce plébiscite, qui paraît remonter à l'an 571 de Rome (1), défendait sous des peines sévères d'accepter un legs ou une donation pour cause de mort d'une valeur dépassant mille as. Il faisait cependant une exception en faveur des plus proches parents (*exceptis personis quibusdam*). Ce moyen était impuissant contre le mal; car le testateur pouvait multiplier les legs de mille as de façon à épuiser l'hérédité (Gaïus, C. II, § 225; C. IV, §§ 23 et 24).

II. Loi Voconia.

Ce célèbre plébiscite, rendu en l'an 585 de Rome, sur la proposition de Caton l'Ancien, contenait, entre autres

(1) *Sic*, MM. Ortolan, t. II, n° 940; Demangeat, t. I, p. 765; Accarias, 2e édit., t. I, n° 404, p. 974.

prohibitions (1), défense de faire un legs ou une donation pour cause de mort dépassant en valeur ce qui serait laissé à l'héritier lui-même (*ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent*). Cette loi accomplissait un progrès, mais elle pouvait être facilement éludée. Rien n'empêchait en effet le testateur de répartir son patrimoine entre un si grand nombre de légataires qu'il ne restât plus à l'héritier qu'une part insignifiante comme chacun des legs (Gaïus, C II, § 226).

III. Loi Falcidie.

Ce plébiscite de l'an 714 de Rome, dont l'intérêt paraît avoir été principalement fiscal (2), a accordé à l'héritier institué au moins *un quart* de sa part héréditaire franche et exempte de legs (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XXII; L. 1, *pr.*, D., *Ad leg. Falc.*, liv. XXXV, tit. II). Cette part réservée à l'héritier s'appelle, d'après les textes, la *Falcidie*, ou simplement la *quarte*. Les commentateurs la désignent souvent sous le nom de *quarte Falcidie*.

Le testateur ne pouvait donc plus disposer par legs que des trois quarts de son patrimoine. Si les legs excédaient cette portion, ils se trouvaient réduits *ipso jure* à la mesure des trois quarts.

Le calcul de la loi *Falcidie* s'appliquait à chaque héritier séparément (*in singulis heredibus*). Par exemple, Titius et Séius ont été tous deux institués héritiers. Titius a été chargé de legs qui épuisent sa part, Séius n'a été chargé que de legs insignifiants. Faudra-t-il établir une compensation entre les parts des deux héritiers? et parce que Séius a reçu le quart ou plus de toute l'hérédité, Titius sera-t-il privé du droit de retenir quelque chose sur les legs mis à sa charge? On a décidé que Titius pourra retenir le quart de sa portion. Chaque héritier devait

(1) Voy. *suprà*, p. 213, n° 6.
(2) *Sic*, MM. Ortolan, t. II, n° 914, *in fine*; Brocher, *La légitime et les réserves*, p. 64.

donc être considéré isolément, abstraction faite des autres (Instit., *pr.*, *eod.*).

Mais que décider si, l'un des héritiers faisant défaut, la part à laquelle il était appelé était dévolue à son cohéritier? Faudrait-il faire un seul calcul de la *Falcidie* ou en faire deux? — On distinguait. Si c'était la portion exempte de legs qui venait accroître la portion épuisée et obérée de legs, le calcul se faisait sur l'ensemble; il n'y avait qu'une seule quarte. Les légataires profitaient de la compensation. Si c'était, au contraire, la portion grevée de legs qui accroissait la portion franche de charges, le calcul se faisait distinctement sur chaque portion, sans confusion ni compensation. Il y avait deux quartes, exactement comme s'il y avait deux héritiers (L. 78, D., *Ad leg. Falc.*, liv. XXXV, tit. II) (1).

Calcul de la Falcidie. — Il faut d'abord établir la masse de l'actif héréditaire qui se compose de tous les biens meubles ou immeubles, droits de créances ou valeurs quelconques que possédait le défunt au jour de son décès. Chaque bien est estimé d'après sa valeur à la mort du défunt. C'est l'actif brut (Instit., § 2, liv. II, tit. XXII).

De cette masse on déduit les dettes du défunt, les frais funéraires, la valeur des esclaves affranchis. C'est l'actif net (Instit., § 3, *eod.*).

Le quart de cet actif net est retenu par l'héritier, et les trois quarts sont distribués aux légataires proportionnellement à ce qui a été légué à chacun (Instit., *ibid.*) (2).

(1) Il est aujourd'hui reconnu qu'il ne devait pas être question dans ce dernier cas du *jus adcrescendi*, mais de la *caducorum vindicatio*. En effet, la loi 78 que nous avons mentionnée émane de Gaïus; or, à cette époque et jusqu'à Septime Sévère, le droit d'accroissement continuait à jouir de son ancienne prérogative; il avait lieu *sine onere*, tandis que la *caducorum vindicatio* n'avait lieu que *cum onere*. Voy., en ce sens, MM. Ortolan, t. II, n° 943, note 1; Demangeat, t. I, p. 774; Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 149, et suiv.; Accarias, 2e édit., t. I, n° 403, p. 979 et 980. Telle est aussi l'opinion professée par M. Labbé, *à son cours*.

(2) Voy., sur quelques questions relatives au *calcul de la Falcidie dans les legs de créances*, M. Pellat, *Text. des Pand.*, p. 295 et suiv. (2e édit.).

Que décider à l'égard des changements qui s'opéraient dans la valeur des choses héréditaires depuis la mort du testateur jusqu'à l'adition d'hérédité? Ces changements en principe n'avaient aucune influence sur la détermination de la quarte Falcidie. Si les biens augmentaient de valeur, l'héritier en profitait. Le légataire ne gagnait rien. S'ils diminuaient de valeur, c'était l'héritier qui était en perte. Le légataire ne souffrait aucun préjudice. — Mais il pouvait arriver que, par suite de certaines circonstances, une forte part de l'hérédité vînt à périr après le décès du testateur, si bien que le payement des legs absorberait et au delà ce qui reste. L'héritier aurait alors une ressource. Puisqu'il est libre de faire ou de ne pas faire adition d'hérédité, et de se soustraire ainsi aux obligations d'acquitter les legs, il pourra imposer la loi aux légataires et leur faire consentir une réduction à l'amiable; sauf en cas de résistance des légataires à répudier l'hérédité, ce qui entraînait l'infirmation de tous les legs (Instit., § 2, *eod.*).

Extension donnée à la Falcidie. — A l'origine, la réduction opérée par la quarte Falcidie ne portait que sur les legs. Mais bientôt le principe de cette loi reçut quelques extensions successives.

1° Le sénatus-consulte *Pégasien* en fit l'application aux hérédités fidéicommissaires, et aux fidéicommis imposés à l'héritier institué.

2° Un rescrit d'Antonin le Pieux l'étendit aux fidéicommis imposés à l'héritier *ab intestat* (L. 18, D., *Ad leg. Falc.*, liv. XXXV, tit. II).

3° Un autre rescrit de Sévère et d'Antonin y soumit les donations à cause de mort (L. 27, D., *De mort. c. don.*, liv. XXXIX, tit. VI);

4° Ensuite les donations entre époux (L. 32, § 1, D., *De donat. int. vir.*, liv. XXIV, tit. I).

Ainsi, pour assurer à l'héritier sa part héréditaire, on faisait subir à toutes ces libéralités le même retranchement qu'au legs.

Dispositions de Justinien relatives à la Falcidie. — Avant Justinien, le testateur n'aurait pu empêcher l'application de la loi Falcidie, eût-il même expressément manifesté, dans son testament, la volonté d'enlever à l'héritier la quarte héréditaire.

Justinien décide que si le testateur exige que les legs soient acquittés intégralement, sans tenir compte de la quarte Falcidie, l'héritier sera privé du bénéfice de cette loi (Nov. I, ch. II, § 2).

Justinien décide en outre que l'héritier qui n'aura pas fait inventaire des biens de l'hérédité ne sera pas recevable à invoquer la loi Falcidie (L. 22, C., *Ad leg. Falc.*, liv. II, tit. XXX).

Différences entre la quarte Falcidie et la quarte légitime. — 1° La quarte Falcidie est accordée aux héritiers institués, parents ou non du testateur; aux héritiers *ab intestat* à quelque degré que ce soit. — La quarte légitime, au contraire, n'appartient qu'à certains parents (1).

2° La quarte Falcidie est le quart de la part qu'aurait recueillie l'institué. — La quarte légitime est le quart de la part que le légitimaire aurait recueillie *ab intestat*. La Falcidie peut donc être plus ou moins forte que la légitime et réciproquement (2).

TITRE XXIII

Des fidéicommis

Définition. — On entend par fidéicommis une libéralité faite par le testateur, en dehors des formes légales, et confiée à la bonne foi de l'héritier (*fideicommissa*).

(1) Voy. *suprà*, p. 231 et 232.
(2) Ci-dessus, p. 233, n° 3.

Origine des fidéicommis. — Les fidéicommis ont été introduits pour permettre au testateur de favoriser par certaines libéralités des personnes incapables de recevoir par legs ou par institution d'héritier. Ainsi le testateur qui voulait donner à un pérégrin, à un déporté, à un Latin-Junien, à un célibataire frappé d'incapacité par les lois *Julia* et *Papia Poppea*, etc., ne le pouvait pas directement; mais le fidéicommis lui servait comme moyen détourné pour atteindre ce but. Ce moyen offrait bien des imperfections, puisqu'à l'origine il ne reposait sur aucun lien de droit, et que l'héritier ne pouvait être contraint d'accomplir la volonté du testateur (*nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur fideicommissa*). Auguste intervint d'abord dans des cas spéciaux pour faire respecter la volonté du défunt, et il ordonna même aux consuls d'interposer leur autorité. Comme ces mesures parurent justes et populaires, elles eurent un prompt succès. Les fidéicommis se multiplièrent tellement qu'on fut amené à créer un préteur spécial, chargé exclusivement de rendre la justice en cette matière (*prœter fideicommissarius*) (Instit., § 1, liv. II, tit. XXIII).

Division des fidéicommis. — Il y avait deux sortes de fidéicommis : — Les *hérédités fidéicommissaires* (*hereditas fideicommissaria*), suivant l'expression technique du droit romain, ou *fidéicommis universels*, dans la langue moderne des commentateurs; — les fidéicommis d'une chose particulière (*fideicommissum singulæ rei*), ce que les commentateurs nomment par abréviation *fidéicommis particuliers* ou *à titre particulier* (Instit., § 2, *eod.*).

Dans quel cas le fidéicommis était-il universel? — C'était lorsque le disposant avait chargé son héritier de restituer à telle personne soit la *totalité*, soit une *quote-part* des biens qui composaient son patrimoine. Exemple : le testateur a institué héritier Lucius Titius, puis il a ajouté : *Je te prie, Lucius Titius, de restituer mon hérédité à Séius, dès que tu auras pu en faire adition* (Instit., *ibid.*). Le fidéicom-

mis universel offrait donc beaucoup d'analogie avec l'institution d'héritier.

Dans quels cas le fidéicommis était-il particulier ou *à titre particulier?* — C'était lorsque le disposant avait chargé son héritier (ou son légataire), de restituer à une personne déterminée des objets particuliers, tels qu'un fonds, un esclave, un pécule, un troupeau, etc. Le fidéicommis particulier se rapprochait plus particulièrement du legs.

On nommait *fideicommittens* celui qui disposait par fidéicommis ; *fiduciarius* (héritier fiduciaire), celui qui était grevé du fidéicommis ; *fideicommissarius* (héritier fidéicommissaire), celui qui devait bénéficier du fidéicommis.

DES FIDÉICOMMIS UNIVERSELS

De la restitution de l'hérédité faite par le fiduciaire au fidéicommissaire. — En principe, d'après le droit civil, le fiduciaire qui avait restitué l'hérédité au fidéicommissaire n'en restait pas moins héritier ; il continuait à représenter le défunt et seul pouvait poursuivre les débiteurs de la succession ou être poursuivi par les créanciers héréditaires. Les conséquences d'un tel principe, s'il était maintenu dans son intégrité, pouvaient être, suivant les circonstances, aussi nuisibles au fiduciaire qu'au fidéicommissaire ; aussi chercha-t-on à y remédier par des adoucissements successifs (Instit., § 3, *eod.*).

Il faut distinguer en cette matière quatre périodes distinctes : celle antérieure au sénatus-consulte Trébellien, celle du sénatus-consulte Trébellien, celle du sénatus-consulte Pégasien, celle de Justinien.

Première période. — *AVANT* le sénatus-consulte Trébellien, on supposait une vente fictive de l'hérédité pour une seule pièce de monnaie, *nummo uno, dicis causa*. L'héritier était assimilé à un vendeur et le fidéicommissaire à un acheteur (*nec heredis loco, nec legatarii, sed potius emp-*

toris). Au moyen des stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*, l'héritier devait tenir compte au fidéicommissaire de tout ce qu'il recevait à l'occasion de la succession, le fidéicommissaire de son côté s'engageait à indemniser l'héritier de toutes les poursuites dirigées contre lui par les créanciers de la succession (Gaïus, C. II, § 252). Ces procédés entraînaient souvent de graves inconvénients. Il suffisait de l'insolvabilité de l'une des deux parties pour rompre cet équilibre.

Deuxième période. — Le *SÉNATUS-CONSULTE TRÉBELLIEN*, rendu sous le règne de Néron, sur la proposition du consul Trébellien, décida que la restitution de l'hérédité par suite d'un fidéicommis (*ex fideicommissi causa*), sans ôter au restituant la qualité d'héritier, transférerait tous les effets de cette qualité sur la personne du fidéicommissaire; de telle sorte que les actions qui, dans la rigueur du droit civil (*jure civili*), devaient être données à l'héritier et contre lui, seraient données au fidéicommissaire et contre lui. Le fidéicommissaire était donc *loco heredis* (Gaïus, C. II, § 253; Instit., § 4, *eod.*). Les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* perdaient toute utilité. Mais les actions héréditaires n'étaient données par le préteur pour ou contre le fidéicommissaire que sous forme d'actions utiles (*utilitatis causa*); et ces actions utiles n'empêchaient pas les actions directes d'exister au profit et à la charge de l'héritier. Le préteur y remédiait, toutefois, par une exception *restitutæ hereditatis*, qui permettait aux débiteurs de la succession de repousser les actions de l'héritier, et à l'héritier de repousser les actions des créanciers héréditaires (L. 1, § 4, D., *Ad senatus c. Trebell.*, liv. XXXVI, tit. I). Ce système, suffisant pour protéger l'héritier en cas d'insolvabilité du fidéicommissaire, était défectueux parce qu'il n'intéressait pas l'héritier à faire adition d'hérédité. En effet, chargé de restituer toute ou presque toute l'hérédité, il répudiait la succession, et, par son refus, faisait tomber le fidéicommis (Inst., § 5, *eod.*).

Troisième période. — Le *SÉNATUS-CONSULTE PÉGASIEN*, rendu sous le règne de Vespasien, sur la proposition du consul Pégasus, a eu pour but de remédier à cet inconvénient. Il permit à l'héritier fiduciaire de retenir le quart de l'hérédité. Le fidéicommissaire universel n'eut plus droit désormais qu'aux trois quarts de l'hérédité. Ce fut une application du principe de la loi Falcidie en matière de legs (*perinde atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur*). D'après le système du sénatus-consulte Pégasien, l'héritier fiduciaire exerçait seul les actions héréditaires, et seul il était exposé aux poursuites des créanciers de la succession. Quant au fidéicommissaire, il était traité comme un légataire (*loco legatarii*). Au moyen de stipulations *partis et pro parte*, intervenues entre le fiduciaire et le fidéicommissaire, le fiduciaire avait en définitive un quart de l'actif net et le fidéicommissaire les trois quarts (Gaïus, C. II, § 254; Instit., § 5, *eod.*).

Combinaison des sénatus-consultes Trébellien et Pégasien. — Le sénatus-consulte Pégasien n'abrogea pas le sénatus-consulte Trébellien. Tous deux coexistèrent avec des cas d'applications différents :

1° Lorsque l'héritier n'était pas chargé de restituer plus des trois quarts (*si quidem non plus quam dodrantem hereditatis*), comme il n'y avait lieu à aucune retenue, la restitution se faisait sous l'empire du sénatus-consulte Trébellien. Les actions héréditaires étaient données soit l'héritier et au fidéicommissaire, soit contre eux, chacun en proportion de sa part (Gaïus, C. II, § 255; Instit., § 6 *eod.*). — Que décider dans l'hypothèse où un héritier, qui était grevé d'un fidéicommis supérieur aux trois quarts de l'hérédité, faisait adition sans retenir sur le fidéicommis la quarte à laquelle il avait droit d'après le sénatus-consulte Pégasien? Gaïus (C. II, §§ 256, 257) et les Institutes (§ 6, *eod.*) nous disent qu'en pareil cas il y avait lieu à l'application du sénatus-consulte Pégasien. L'héritier exerçait donc seul les actions héréditaires et seul il les

subissait. Seulement, au moyen des stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*, les effets de ces actions se réalisaient en définitive dans la personne du fidéicommissaire. Cette solution toutefois ne laissait pas que d'être fort controversée; elle était repoussée notamment par Modestin (L. 45, D., *Ad sen. Treb.*, liv. XXXVI, tit. I) et Paul (*Sent.*, liv. IV, tit. III, § 2).

2° Lorsque l'héritier, sous prétexte que l'hérédité lui paraissait onéreuse, refusait de faire adition (*si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam*), il pourra, sur la demande du fidéicommissaire être contraint d'accepter l'hérédité par l'ordre du préteur (*jussu prætoris adeat*). Mais, comme il ne faisait alors adition que dans l'intérêt du fidéicommissaire, ce dernier devait supporter seul toutes les chances de gain ou de perte. Les actions héréditaires étaient donc exercées par le fidéicommissaire ou contre lui, comme si l'on était, nous dit Gaïus, dans le cas du sénatus-consulte Trébellien... (*perinde.... ac juris est ex Trebelliano senatusconsulto*).

Quatrième période. — *JUSTINIEN* a fondu en un seul les deux sénatus-consultes *Trébellien* et *Pégasien*, et il a conservé à cet ensemble de dispositions le nom de sénatus-consulte Trébellien. Il a emprunté au sénatus-consulte Trébellien sa disposition capitale, en vertu de laquelle le fidéicommissaire devait être considéré comme héritier (*loco heredis*), et il a aboli, en conséquence, les stipulations que rendait nécessaires le système du sénatus-consulte Pégasien, stipulations qui, intervenues entre l'héritier fiduciaire et le fidéicommissaire, faisaient courir à l'un et à l'autre les chances de leur insolvabilité réciproque. Désormais les actions tant actives que passives de la succession furent données à l'héritier fiduciaire et au fidéicommissaire, ou contre eux, en proportion de la part que chacun prenait dans l'hérédité. Il a conservé néanmoins du sénatus-consulte Pégasien deux dispositions importantes : 1° le droit pour l'héritier fiduciaire de retenir la

quarte, et même dans le cas où il aurait restitué au fidéicommissaire plus des trois quarts, le droit de répéter ce qu'il aurait payé en plus (*vel repetere solutum*); 2° le droit pour le fidéicommissaire de contraindre l'héritier à faire adition d'hérédité (Instit., § 7 *eod.*).

TITRE XXIV

Des fidéicommis à titre particulier

Formes des fidéicommis. — Les formules les plus usitées de fidéicommis sont les suivantes : *peto, rogo, mando, fidei tuæ committo.* D'ailleurs le testateur peut manifester sa volonté comme il l'entend (Instit., § 3, liv. II, tit. XXIV).

Qui peut faire un fidéicommis? — Celui-là seul qui peut faire un testament.

A qui peut être imposé un fidéicommis? — A toutes les personnes qui reçoivent quelque chose de la succession du défunt, à l'héritier institué, à un légataire, à un fidéicommissaire, même à l'héritier *ab intestat* (Inst., *pr.*, *eod.*).

A qui peut être fait un fidéicommis? — D'abord, les fidéicommis sont introduits comme des moyens détournés qui permettent d'avantager certaines personnes incapables de recevoir par legs ou par testament. Mais plus tard des restrictions sont apportées aux libéralités faites par fidéicommis. Il est même défendu de faire de pareilles dispositions au profit des pérégrins, des *orbi* et des célibataires (1).

(1) Cette prohibition ne résulte point, comme on pourrait le croire, des lois *Julia* et *Papia Poppæa*, mais du sénatus-consulte Pégasien. Voy., à cet égard, M. Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 252 et suiv.

Quelles choses peuvent faire l'objet d'un fidéicommis? — On peut laisser par fidéicommis les mêmes objets que l'on pourrait léguer dans l'ancien droit *per damnationem;* notamment, on peut disposer par fidéicommis soit d'une chose qui appartient à l'héritier, soit même d'une chose appartenant à une personne étrangère. En cas d'un fidéicommis de la chose d'autrui, le fiduciaire qui ne peut acheter la chose doit payer au fidéicommissaire ce qu'elle vaut. Seulement le fiduciaire ne peut jamais être contraint de restituer plus qu'il n'a reçu; et même, l'héritier grevé de fidéicommis à titre particulier n'est tenu, en vertu du sénatus-consulte Pégasien, de ne les payer que jusqu'à concurrence des trois quarts de l'hérédité (Inst., § 1, *eod.*).

On peut encore par fidéicommis charger l'héritier institué d'affranchir un esclave, appartenant soit au testateur lui-même, soit à l'héritier, soit à autrui. Dans le cas où il s'agit de l'esclave d'autrui, si le propriétaire ne veut pas se dessaisir de la propriété de son esclave, l'héritier n'a rien à payer. Quant au fidéicommis en lui-même, Justinien décide, malgré l'avis de Gaïus, qu'il n'est pas éteint, mais seulement différé par le refus du maître de vendre (*non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur*). Le fiduciaire devra donc attendre une occasion qui lui permette d'acheter et d'affranchir l'esclave (*quia possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit præstari libertas.* Inst., § 2, *eod.*).

TITRE XXV

Des codicilles.

Définition et étymologie. — Le codicille est un acte de dernière volonté qui, à la différence du testament, ne réclame aucune solennité de forme (*nullam solemnitatem ordinationis desiderat.* Inst., § 3, liv. II, tit. xxv).

Le mot *codicillus*, diminutif de *codex*, nom donné aux tables destinées à recevoir les actes les plus importants, tels que les testaments, désigne, à proprement parler, les tablettes ou petites tables sur lesquelles on écrit les actes de peu d'importance, de simples notes (Sénèque, *Epist.* 55), et spécialement des dispositions le plus souvent fidéicommissaires. Ces tablettes ou *codicilli* ont souvent la forme de lettres missives; d'où l'expression *epistola fideicommissaria* (L. 37, § 3, D., *De legat. et fideic.*, liv. XXXII, tit. III; L. 89, *pr.*, D., *De legat. et fideic.*, liv. XXXI, tit. II).

Origine des codicilles. — Avant Auguste les codicilles n'étaient pas en usage. Ce fut Lucius Lentulus, à qui l'on attribue l'origine des fidéicommis, qui introduisit les codicilles. Étant près de mourir en Afrique, il écrivit des codicilles confirmés par son testament, dans lesquels il priait Auguste, sous forme de fidéicommis, de faire quelque chose. L'empereur remplit cette volonté. D'autres personnes, chargées également de fidéicommis, les exécutèrent; la fille de Lentulus elle-même paya des legs qu'elle ne devait pas d'après la rigueur du droit (*quæ jure non debebat, solvit*). Auguste assembla les Prudents, et, parmi eux se trouvait Trébatius, qui jouissait alors d'un grand crédit: il leur demanda s'il ne serait pas contraire à la raison du droit d'admettre l'usage des codicilles. Trébatius convainquit l'empereur de l'utilité et même de la nécessité des codicilles pour les citoyens, en faisant valoir surtout cette considération, que dans les longs voyages, si fréquents à cette époque, il y avait souvent impossibilité de faire un testament, alors qu'il serait facile de faire des codicilles. Dans la suite, le jurisconsulte Labéon fit des codicilles; depuis ce temps, la validité des codicilles fut universellement admise (Inst., *pr.*, *eod.*).

Quand peut-on laisser des codicilles? — Les codicilles peuvent être laissés, — soit par celui qui meurt intestat, — soit par celui qui meurt après avoir fait son testa-

ment (Inst., § 1, *eod.*). Dans le premier cas, les codicilles ont une existence propre; ils renferment en eux-mêmes leurs causes de validité ou de nullité (L. 16, D., *De jur. cod.*, liv. XXIX, tit. VII). Dans le second, les codicilles tiennent étroitement au testament; ils en suivent en tout la condition, et ne valent que par lui et avec lui. La chute du testament entraîne donc celle des codicilles (L. 3, § 2; L 16, D., *De jur. cod.*, liv. XXIX, tit. VII).

Des codicilles confirmés. — Il y a deux manières de confirmer des codicilles par testament: ou *in futurum*, ou *in præteritum* : — *in futurum*, lorsque le testateur exprime par avance la volonté qu'on observe les codicilles qu'il pourrait faire plus tard; — *in præteritum*, lorsque le testateur confirme par une mention spéciale des codicilles antérieurs. — Au surplus, la même confirmation pourrait comprendre à la fois les codicilles postérieurs et les codicilles antérieurs au testament (L. 8, *pr.*, L. 18, D., *cod.*).

Mais que décider au cas où, dans un testament postérieur, le testateur n'aurait pas confirmé des codicilles faits auparavant? Ces codicilles seront-ils abrogés? C'était l'avis de Papinien. Mais un rescrit de Sévère et d'Antonin décide que de tels codicilles doivent être maintenus toutes les fois qu'il ne serait pas prouvé que le testateur eût changé de volonté. Il y a donc une question d'intention à apprécier (Instit., § 2, liv. II, tit. XXV).

Ressemblance entre un codicille confirmé et un codicille non confirmé par testament. — Que le codicille soit confirmé ou non par un testament, il ne peut contenir ni une institution d'héritier, ni une révocation d'une institution, ni une substitution, ni une exhérédation (Instit., § 2, *eod.*).

Différence entre un codicille confirmé et un codicille non confirmé par testament.—Dans un codicille confirmé on peut faire ou révoquer un legs, affranchir directement ses esclaves, nommer un tuteur. Au contraire, dans un codicille non confirmé on ne peut faire que des fidéicommis

(L. 43, D., *De manum. test.*, liv. XL. tit. IV; L. 3, *pr.*, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II).

Ressemblance entre un codicille et un testament. — En principe, celui-là seul peut faire un codicille qui peut faire un testament (L. 6, § 3, D., *De jur. cod.*, liv. XXIX, tit. VII). — Toutefois il y a exception à cette règle en faveur du citoyen retenu prisonnier chez l'ennemi (L. 12, § 5, D., *De captiv. et postlim.*, liv. XLIX, tit. XV).

Différences entre un codicille et un testament. — Nous avons vu qu'un codicille ne peut contenir ni institution d'héritier, ni substitution, ni exhérédation, toutes dispositions, en un mot, qui constituent l'essence même du testament.—De plus, un testateur ne peut laisser qu'un testament; il peut, au contraire, laisser plusieurs codicilles; et chaque codicille ne révoque dans les précédents, au cas où le *de cujus* ne s'est pas expressément expliqué, que ce qui paraît inconciliable avec les dispositions nouvelles (Instit., § 3, *eod.*).

Différence entre un codicille et un legs. — On ne peut mettre aucun legs à la charge des héritiers *ab intestat;* au contraire, des codicilles peuvent être laissés, comme nous l'avons déjà vu, par un homme qui meurt *intestat.*

Formalités imposées aux codicilles sous les empereurs de Constantinople.—Suivant une constitution de Théodose le Jeune, les codicilles doivent être faits d'un seul contexte (*in uno eodemque tempore*), soit verbalement, soit par écrit, en présence de cinq témoins. — Les codicilles écrits doivent être revêtus de la signature de ces témoins (*subnotationem suam*) (L. 8, § 3, C., *De codicil.*, liv. VI, tit. XXXVI).—Sous Justinien, la présence de cinq témoins est exigée pour la validité de tout acte de dernière volonté autre que le testament (Instit., § 12, liv. II, tit. XXIII).— Il est bon de remarquer que ces formes ne sont point prescrites, *ad solemnitatem,* mais *ad probationem;* si bien qu'à leur défaut le serment peut être déféré (Instit., § 12, *eod.*).

De la clause codicillaire. — Un testament nul comme testament pourra valoir comme codicille, si le testateur a manifesté cette intention dans une clause *expresse* du testament (L. 8, *pr.* et § 1, C., *De codicil.*, liv. VI, tit. XXXVI) (1). Les commentateurs ont donné à cette clause le nom de *clause codicillaire* (2).

(1) Dans le droit classique la volonté du testateur à cet égard pouvait s'induire de circonstances quelconques (L. 1, D., *De jure codicil.*, liv. XXIX, tit. VII).

(2) Aucune place n'est laissée dans notre droit moderne au codicille, en tant qu'acte *sui generis*. Aussi est-ce improprement que dans la pratique on donne encore parfois ce nom aux actes de dernière volonté, faits le plus souvent sous la forme olographe et par lesquels on modifie par des additions ou suppressions partielles un testament antérieur.

LIVRE TROISIÈME

TITRE I

Des hérédités qui sont déférées ab intestat

TITRE II

De la succession légitime des agnats

L'hérédité légitime n'a lieu qu'à défaut d'hérédité testamentaire. Ce n'est donc que pour le cas où le défunt n'a pas lui-même institué un héritier que le législateur lui en donne un.

Dans quels cas meurt-on intestat ?

Dans trois cas principaux : — 1° lorsque le *de cujus* n'a pas fait de testament (*qui omnino testamentum non fecit*), ou, ce qui revient au même, quand celui qu'il a fait est irrégulier (*non jure fecit*), ou inofficieux (1) ; — 2° lorsqu'il a fait un testament régulier et valable dans le principe, mais qui a été rompu plus tard (*ruptum*) (2), ou rendu inutile (*irritum*) (3) ; — 3° lorsqu'il a fait un testament

(1) Voy., sur le testament inofficieux, *suprà*, liv. II, tit. XVIII, p. 230 et suiv.

(2-3) Voy., sur ce qu'il faut entendre par un testament *ruptum*, ou *irritum*, ci-dessus, liv. II, tit. XVII, p. 229 et 230.

qui pourrait être valable, mais qui est abandonné par suite de l'incapacité ou du refus de tous les héritiers institués (*destitutum*) (Instit., *pr.*, liv. III, tit. I).

Observation. — Pour avoir des héritiers *ab intestat* il ne suffit pas toujours de mourir *intestat*. Les Institutes, en effet, nous disent que le père de famille mort *intestat*, qui, *post mortem suam*, a été jugé coupable de haute trahison (*judicatus perduellionis reus*), et dont la mémoire a été condamnée pour ce crime (*per hoc memoria ejus damnata*), ne peut pas laisser d'héritiers *ab intestat*. C'est le fisc qui lui succède. Il est bon de signaler ici une exception à une autre règle. Les Romains avaient posé ce principe, que le crime ne pouvait être poursuivi après la mort du coupable. On y a dérogé pour le crime de haute trahison contre l'État ou l'Empereur (Instit., § 5, liv. III, tit. I.)

Variations de la législation en matière de successions ab intestat.

Le système des successions *ab intestat*, intimement lié à l'état de la société, a participé à tous les changements qui se sont opérés dans la constitution sociale et politique du peuple romain. Telle est la cause des modifications nombreuses que l'on y rencontre. Toutefois il importe de constater que, malgré les améliorations successives, la loi des Douze Tables est restée, jusqu'aux Novelles de Justinien, la base du système successoral.

I. DE LA LOI DES DOUZE TABLES.

La loi des Douze Tables établissait un système très-simple : elle appelait à la succession *ab intestat*, en premier ordre les *héritiers siens* du défunt, en deuxième ordre les *agnats*, en troisième ordre les *gentiles* (*Intestatorum hereditas lege Duodecim Tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis, et aliquando quoque gentibus deferebatur.* Instit., § 1, *eod.*).

Des héritiers siens.

Définition. — Les héritiers siens, avons-nous dit (1), sont ceux qui se trouvent sous la puissance *immédiate* du testateur au moment de sa mort, et qui deviennent ensuite ses héritiers. Exemples : le fils, la fille, le petit-fils, la petite-fille, dont le père est sorti de la famille ou a été exhérédé dans le testament de l'aïeul. — Il est bon de remarquer que l'on ne doit pas faire de distinction entre les diverses causes qui ont produit la puissance paternelle. Qu'elle provienne des justes noces, de l'adoption, de la légitimation par oblation à la curie, ou par mariage subséquent, et dans le droit antérieur à Justinien de certains modes de constitution de la puissance paternelle, tels que la *causæ probatio* (2), l'*erroris causæ probatio* (3) et la *manus* (4), peu importe; les enfants soumis à la puissance *immédiate* du chef de famille au moment de son décès deviennent ses héritiers siens.

Cas exceptionnels dans lesquels l'heres suus n'a jamais été sous la puissance paternelle du de cujus ou avait cessé d'y être au moment du décès. — Les Institutes nous citent les deux cas suivants : — 1° Le *de cujus* meurt laissant son *uxor* enceinte. L'enfant, s'il naît vivant, sera l'héritier sien du *de cujus*, quoiqu'il n'ait jamais été sous sa puissance (*Postumi quoque qui, vivo parente, nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt.* Instit., § 2 *in fine*). Ainsi il n'est pas nécessaire d'être né au moment du décès du *de cujus* pour être apte à recueillir sa succession ; il suffit d'être conçu (*Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*). Mais comment constatera-t-on qu'un enfant était conçu au moment où est mort le *de cujus ?* La date de la conception se fixe au moyen d'une présomption. Un enfant est réputé avoir été conçu avant la mort d'une personne, lorsque sa naissance a lieu dans

(1) Voy. ci-dessus, liv. II, tit. XIX, p. 244 et suiv.
(2-3-4) Voy., sur tous ces points, *suprà*, liv. I, tit. X, p. 57 et 60.

les dix mois qui suivent la mort de cette personne (1). — 2° Un fils de famille en captivité lors de la mort de son père recouvre ensuite la liberté. Il devient héritier sien du *de cujus*, quoique de fait il ne se trouvât pas sous sa puissance lors du décès (*Jus enim postliminii hoc facit*). Le fils de famille par l'effet d'une fiction recouvre tous ses droits à la succession de son père, comme s'il n'avait jamais été prisonnier et qu'il fût toujours resté sous la puissance de celui-ci (2) (Instit., § 4, *eod.*).

Définition de la représentation. — La représentation est une disposition de la loi, en vertu de laquelle les descendants d'un fils ou d'un petit-fils, etc., montent dans le degré que leur ascendant, par suite de son prédécès, a laissé vacant dans la famille, et sont, en conséquence, appelés à succéder à sa place, c'est-à-dire à prendre toute la part, mais rien que la part à laquelle il aurait eu droit, s'il eût survécu (Instit., § 6, *eod.*).

Effets de la représentation.—La représentation produit deux effets : — *Premier effet.* La représentation fait concourir les descendants d'un fils ou d'un petit-fils, etc., prédécédé avec un autre fils ou une autre fille du défunt ; elle

(1) En droit romain la succession *ab intestat* ne s'ouvre que lorsqu'il est certain qu'il n'y aura pas d'héritiers testamentaires. Il en résulte que la succession *ab intestat* peut ne s'ouvrir que longtemps après la mort du *de cujus*. Pour succéder *ab intestat* à une personne, il faut les quatre conditions suivantes : — 1° avoir existé du vivant de cette personne, ou tout au moins avoir été conçu, car l'enfant conçu est considéré comme né (*pro nato*). A cela deux raisons. *Première raison :* la succession *ab intestat* repose toujours sur la considération de la parenté. Or il n'y a de parenté réelle qu'entre individus qui ont existé en même temps. *Deuxième raison :* la succession *ab intestat* est une transmission de droit. Or la transmission de droit n'est possible qu'à la condition que dès l'instant qu'un droit cesse d'exister sur la tête d'une personne, il passe sans intervalle de temps sur la tête de l'autre personne. Ce qui suppose que ces deux personnes ont vécu ensemble au moins un instant de raison ; — 2° être encore existant quand la succession s'ouvre, c'est-à-dire au moment où il est bien certain qu'il n'y aura pas d'héritiers testamentaires ; — 3° être capable de succéder ; — 4° être en ordre utile et au degré de parenté le plus proche du *de cujus* à cette époque.

(2) Voy., liv. I, tit. XII, p. 72, les développements sur le *jus postliminii*.

apporte donc une exception à la règle qu'entre successibles d'un même ordre, c'est la proximité du degré de parenté qui détermine la préférence. Exemple: le *de cujus* a laissé un fils vivant, *Primus*, et des petits-enfants issus d'un autre fils prédécédé, *Secundus* : les enfants de *Secundus* peuvent le représenter à l'effet de concourir avec leur oncle *Primus* dans le partage de la succession du *de cujus* (*neptes nepotesque in patris sui locum succedere*). — *Deuxième effet*. Au cas de représentation, la succession n'est pas partagée *par têtes* mais *par souches*, c'est-à-dire par branches de famille. On fait autant de portions égales qu'il y a de branches de famille; les représentants, en si grand nombre qu'ils soient, ne prennent que la part à laquelle aurait eu droit le représenté, s'il eût survécu. Exemple : le *de cujus* meurt, laissant un fils vivant, *Primus*, et trois petits-enfants d'un autre fils prédécédé, *Secundus; Primus* aura la *moitié* de la succession, et les *trois* enfants de *Secundus* n'auront à eux trois que l'*autre moitié* (Instit., § 6, *eod.*).

Remarquons que la représentation peut ne produire que le dernier des deux effets que nous venons de signaler. Ainsi, le *de cujus* avait deux fils, *Primus* et *Secundus*, qui sont morts avant lui, laissant chacun des enfants en nombre inégal, *Primus* un ou deux, *Secundus* trois ou quatre. Les petits-enfants, étant tous à un *degré égal* du *de cujus*, succèdent *de leur chef*, et n'ont pas besoin du secours de la représentation. Dans ce cas la représentation s'applique afin de faire opérer le partage *par souches* et non *par têtes*. Les enfants de *Primus*, qu'ils soient un ou deux, auront la moitié, et les enfants de *Secundus*, qu'ils soient trois ou quatre, l'autre moitié (Instit., § 6, *eod.*).

Comment l'hérédité est acquise à l'heres suus? — L'héritier sien est en même temps *nécessaire* (*necessarius*), parce que, sans adition, *bon gré, mal gré*, il devient héritier. d'où il suit qu'il importe peu que l'héritier sien soit privé de raison (*furiosus*) ou pupille, au moment où la succes-

sion *ab intestat* est ouverte. Il n'est besoin ni au fou du consentement du curateur, ni au pupille de l'autorisation du tuteur pour l'acquisition de l'hérédité qui a lieu de plein droit (*ipso jure*) (1) (Instit., § 3, *eod.*).

Des agnats.

A défaut d'héritiers siens, la loi des Douze Tables appelait à l'hérédité le plus proche agnat du *de cujus* (*Ad agnatum proximum pertinet hereditas*. Instit., *pr.*, liv. III, tit. II).

Nous avons vu (*supra*, p. 49) ce qu'il fallait entendre par l'agnation.

Etaient agnats l'un de l'autre deux frères nés du même père (*consanguinei*), peu importe qu'ils eussent ou non la même mère ; le neveu et son oncle paternel ; les enfants nés de deux frères consanguins, etc. (Instit., § 1, liv. III, tit. II).

L'agnation était aussi produite par l'adoption. Ainsi, étaient agnats les fils naturels et ceux que leur père a adoptés ; ou bien ceux qui étaient adoptés par votre frère, par votre oncle paternel, ou par tout autre agnat à un degré plus éloigné (Instit., § 2, *eod.*).

De la non-représentation dans l'ordre des agnats. — Dans l'ordre des agnats la représentation n'était pas admise par la loi des Douze Tables ; et le degré le plus proche excluait toujours les autres degrés (Instit., § 5, liv. III, tit. II).

Ainsi le *de cujus* laisse un frère et l'enfant d'un autre frère ou un oncle paternel, le frère est préféré, *quia gradu præcedit* (Gaïus, C. III, § 15). De même la représentation n'était pas admise pour faire opérer le partage de la succession par souches. Le partage entre les agnats du même degré se faisait toujours par têtes (*in capita dividendam esse hereditatem*) Il suivait de là que si le défunt ne lais-

(1) Voy. cependant, liv. II, tit. XIX, p. 242 et 243, ce que nous disons sur le droit d'abstention accordé par le préteur aux héritiers siens et nécessaires.

sait aucun frère, mais des enfants de ses frères, ces enfants, même dans le cas où ils étaient en nombre inégal, comme lorsqu'il n'y avait qu'*un* enfant ou *deux* de l'un des frères et *trois* ou *quatre* de l'autre frère, se partageaient l'hérédité par têtes. Autant il y avait de personnes des deux côtés, autant on faisait de parts (*in tot portiones hereditas dividetur*), de manière que chacun prît une de ces portions (*ita ut singuli singulas portiones ferant*. Gaïus, C. III, §§ 15, 16).

A quelle époque fallait-il être l'agnat le plus proche pour succéder ab intestat au défunt?—Ce n'était pas au moment de la mort, mais bien au moment où il devenait certain que le *de cujus* n'aurait pas d'héritier testamentaire. Cette règle était d'ailleurs générale et s'appliquait à toutes les successions *ab intestat*, aux *heredes sui* aussi bien qu'aux agnats. Il suivait de là que, si le défunt laissait un testament, l'agnat qui n'était pas le plus proche au moment du décès pouvait cependant devenir héritier. Exemple : le *de cujus* meurt après avoir fait un testament, laissant un frère et un oncle paternel. Peu de temps après le frère décède avant que l'héritier institué ait pris parti. Puis l'héritier institué renonce à la succession. Le plus proche agnat à ce moment est l'oncle paternel, car le frère n'a jamais eu de droit à la succession du *de cujus* (Inst., § 1, *eod.*).

De la non-dévolution.—D'après la loi des Douze Tables, il n'y avait pas de dévolution d'un degré d'agnation ne recueillant pas au degré d'agnation venant après lui (Gaïus, C. III, § 12; Instit., § 7, *eod.*). Ainsi, la succession était déférée une seule fois dans chaque ordre au plus proche degré. Ce principe était d'ailleurs un principe général s'appliquant à tous les ordres d'héritiers légitimes, aux héritiers siens et aux *gentiles* aussi bien qu'aux agnats (*Successio in suis heredibus non est.*)

Des gentiles.

A défaut d'héritiers siens et d'agnats, l'hérédité *ab*

intestat était dévolue, d'après la loi des Douze Tables, aux *gentiles*. « *Si nullus agnatus sit*, nous dit Gaïus (C. III, § 8), *eadem lex Duodecim Tabularum gentiles ad hereditatem vocat.* »

Définition. — Cicéron, dans ses *Topiques* (n° 6), après avoir exposé les caractères d'une définition exacte, cite comme un modèle du genre celle des *gentiles*, qu'il emprunte au jurisconsulte Scævola. « *Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt. Non satis est : qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est : quorum majorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc : qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est.* » « Les *gentiles* sont ceux *qui ont le même nom commun entre eux*. Ce n'est pas assez, *qui sont d'origine ingénue*. Cela ne suffit pas : *dont aucun des aïeux n'a été en esclavage*. Il manque encore quelque chose : *qui n'ont pas subi de diminution de tête*. Ceci est suffisant. »

Malgré cette définition parfaite, on en est réduit à des conjectures sur le point de savoir ce qu'étaient les *gentiles*.

Des différentes explications sur la gentilité.

Quatre explications principales ont été proposées.

Première explication.—La *gens* est la réunion de toutes les familles diverses sorties du même tronc. C'est le lien du sang qui est la base de cette association. La parenté d'un certain ordre forme l'agnation, la parenté d'un autre ordre constitue la gentilité. La gentilité suppose donc entre les membres de la *gens* une parenté agnatique éloignée dont le souvenir s'était maintenu, bien qu'on eût perdu la notion du degré qui la constituait. Telle est l'opinion de Sigonius, adoptée avec des nuances diverses par MM. Laferrière (1), Troplong (2) et Sumner Maine (3).

(1) *Histoire du dr. civ.*, t. I, append. 1er, p. 451 et suiv.
(2) Consultez les observations de M. Troplong, sur la gentilité romaine (*Rev. de législat.*, année 1847, t. I, p. 5 et suiv.).
(3) *L'ancien droit*, traduit de l'angl. par M. Courcelle-Seneuil, p 190

—Ce système s'appuie sur des textes nombreux. « *Gentilis dicitur*, dit Festus, *ex eodem genere ortus.* » « *Gens majorum seriem quærit,* » ajoute Fronton. Remarquez surtout ce passage de Varron : « *Ut in homines sunt agnationes et gentilitates, sic in verbis : ut enim ab Æmilio homines orti, Æmilii ac gentiles; si ab Æmilii nomine, declinatæ voces in gentilitate nominati; ab eo enim quod est impositum recto casu Æmilius, orta, Æmilii, Æmilium, Æmilios, Æmiliorum, et sic reliqua ejusdem quæ sunt stirpis* (1). » Ce système, qui fait consister la gentilité dans un rapport d'identité d'origine et de sang, est combattu par MM. Cauvet (2), Ortolan et Giraud. M. Demangeat (*Cours élém. de dr. rom.*, t. II, p. 46) le repousse en ces termes : « Nous pouvons tenir pour certain que les *gentiles* appelés à l'hérédité... ne font point nécessairement partie de la même famille que le *de cujus* (3).

Deuxième explication. — La *gens* est étrangère à la parenté ou à la communauté d'origine. Elle repose sur un tout autre principe. Elle n'est qu'une combinaison politique, qu'une agrégation de familles étrangères les unes aux autres et réunies seulement par des rapports municipaux et religieux. La *gens* forme la décurie ou fraction de la curie, qui elle-même est une fraction de la tribu (4). Les membres qui composent la *gens* portent le même nom (*nomen commune*), honorent les mêmes dieux par des sacrifices communs, en des lieux et à des jours fixes ; ils sont réciproquement tenus de se prêter assistance ; ils sont, jusqu'à un certain point, responsables l'un pour l'autre, en ce sens, qu'en cas de besoin, ils doivent contribuer à l'acquittement des amendes que l'un d'entre eux a encourues. Ils votent ensemble dans les *comitia curiata,*

(1) V. en outre, dans ce sens, MM. Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. I, p. 372 (édit. de 1846) ; Fustel de Coulanges, *la Cité antique*, p. 149 et suiv. ; Willems, *Dr. publ. rom.*, 3e édit., p. 19 et suiv.

(2) *Le droit pontifical chez les anc. Romains*, p. 43.

(3) Toutefois notre savant maître ne s'est pas prononcé sur l'adoption d'un système quelconque.

(4) Denys d'Halicarnasse nous dit que Romulus partagea la population romaine en trois tribus ; chacune des tribus en dix curies = 30 curies ; chacune des trente curies en dix décuries = 300 décuries.

et si l'un d'eux meurt sans héritiers siens et sans agnats, c'est la *gens* qui recueille ses biens. Ce système développé par Niebuhr a été magistralement exposé par M. Ch. Giraud dans une savante dissertation lue à l'Académie des sciences morales et politiques (1). M. Machelard, que ne satisfait aucune des explications sur la gentilité romaine, semble pourtant donner la préférence à ce système (2).

Troisième explication. — La gentilité est le rapport qui existe entre une famille d'origine perpétuellement ingénue, dont aucun des aïeux n'a jamais été en une servitude ou clientèle quelconque, et les clients, c'est-à-dire les plébéiens qui se sont placés sous la dépendance et la protection des membres de la première famille et les descendants des esclaves affranchis. Ainsi le mot *gens* désigne la famille du patron par rapport à la descendance du client ou de l'affranchi. Les membres de la famille appelés *gens* sont agnats les uns des autres; ils sont de plus les *gentiles* des membres de toutes les familles qui sont rattachées à leur *gens* par des liens de clientèle ou d'affranchissement. « Ces derniers, soit clients, soit descendants de clients, soit affranchis ou descendants d'affranchis, ont des *gentiles*, mais ils ne le sont de personne. Ils portent le nom, ils participent aux *sacra* de la *gens;* il peut être permis de les déposer dans la sépulture de la *gens;* mais ils n'ont certainement pas la qualité de *gentiles*, ni les droits d'hérédité ou de tutelle attachés à cette qualité (3). » S'ils meurent sans laisser d'héritiers siens, ni d'agnats, leurs biens vont aux *gentiles*. — Ce système, imaginé par le judicieux romaniste Hugo, développé par Holtius, est celui auquel M. Ortolan a prêté l'appui de son savoir.

Quatrième explication.—Elle consiste dans une fusion des trois systèmes que nous avons exposés. La gentilité serait

(1) *Revue de législat.*, année 1846, t. III, p. 385 et suiv.
(2) *Sic*, M. de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 117 et suiv.
(3) Voy., en ce sens, MM. Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. III, nos 1032 et suiv.; Namur, *Cours d'Instit.*, 2e édit., t. II, § 379, p. 149, note 15; Mayne, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 444, p. 204, note 17; Lyon-Caen, sur Accarias, *Rev. crit. de législat.*, t. III, 1874, p. 392.

fondée sur une origine commune, mais tellement ancienne qu'il serait impossible d'en établir la preuve; sur la croyance justifiée ou non que l'on descend d'un même arbre généalogique. Telle est la part de vérité que contient le système de Sigonius. — Quant au système de Niebuhr et de M. Giraud, il offre aussi certaines données exactes. Des textes établissent, en effet, que les *gentiles* formaient une association municipale et religieuse : *municipale*, car ils votaient ensemble dans les comices curiates; *religieuse*, car ils honoraient les mêmes dieux, par des sacrifices communs, en des lieux et à des jours fixes. — Enfin rien ne s'oppose à ce que l'on rattache par des rapports de gentilité la famille du patron à la descendance d'un client ou d'un affranchi. Ces familles du client ou de l'affranchi étaient considérées comme dérivant en quelque sorte de la famille du patron, elles en prenaient le nom et les *sacra*. On laisse donc subsister presque en entier le système de M. Ortolan.

Cette conciliation, cette fusion entre les principales explications données sur la gentilité romaine, a été proposée par notre savant maître, M. Labbé, à son cours (année 1869) (1).

Quoi qu'il en soit de ces opinions, la gentilité se maintint pendant toute la durée de la République. Elle existait encore dans les premiers temps de l'Empire; mais, dès la fin du second siècle de l'ère chrétienne, Gaïus nous parle de cette institution comme totalement abolie par la désuétude (Gaïus, C. III, § 17) (2).

Tel était le système de succession *ab intestat* organisé par la loi des Douze Tables. Ce système présentait de nombreux inconvénients.

(1) Voy., en ce sens, M. Cauvet, *op. cit.*, p. 42 et suiv.

(2) Voy. encore, sur la gentilité romaine, MM. de Savigny, *System*, II, 76; Puchta, *Institutionen*, § § 39, 191, 194, 214; Domenget, *Instit. de Gaïus traduites*, p. 299; Guérard, *Essais sur l'histoire du dr. priv. des Romains*, p. 224; Em. Belot, *Hist. des chevaliers rom.*, t. II, p. 33 et suiv.

Inconvénients du système de succession ab intestat de la loi des Douze Tables.

La loi des Douze Tables privait de la succession paternelle : — 1° les enfants et petits-enfants émancipés, *quia in potestate parentis esse desierunt* (Instit., § 9, liv. III, tit. I); — 2° les enfants donnés en adoption, ou qui s'étaient donnés en adrogation après leur émancipation, parce qu'ils avaient cessé de faire partie de la famille civile de leur père naturel (Inst., § 10, *eod.*); — 3° les enfants de l'émancipé conçus avant l'émancipation de leur père et restés sous la puissance de leur aïeul : en effet, ces enfants ne se trouvaient pas *in potestate patris* (L. 5, § 1, D., *Si tab. testam. nullæ*, liv. XXXVIII, tit. VI); — 4° les enfants pérégrins qui avaient obtenu la cité romaine d'une concession de l'Empereur en même temps que leur père; ces enfants ne tombaient pas, par ce seul fait, sous la puissance paternelle. Aussi, ils n'avaient aucun droit à l'hérédité paternelle, si une clause spéciale ne les avait pas mis *in potestate patris* (Gaïus, C. III, §§ 20, 25, 26); — 5° les agnats frappés d'une *capitis deminutio*, parce que leur qualité d'agnat se perdait par la diminution de tête (*quia nomen agnationis capitis deminutione perimitur*); — 6° les agnats qui étaient, à l'ouverture de la succession *ab intestat*, précédés par un agnat plus proche, alors même que cet agnat plus proche ne parvenait pas à l'hérédité (*proximo agnato non adeunte*) (Instit., § 7, liv. III, tit. II); — 7° les descendants par les femmes, car ces descendants n'avaient point de lien d'agnation avec leur mère et les parents de leur mère. Aussi ils ne venaient pas à la succession de leur grand-père maternel, ni à celle de leur mère, à moins que cette dernière ne fût passée *in manu mariti* (Gaïus, C. III, § 24).

Une jurisprudence intermédiaire priva les femmes du droit de succéder *ab intestat* dans la plupart des cas. Cette exclusion n'avait pas lieu dans l'ordre des héritiers siens. Mais, à l'exception des sœurs consanguines, les agnates

ne succédaient pas à leurs agnats dans l'ordre des agnats collatéraux (Gaïus, C. III, § 14; Instit., § 3, liv. III, tit. II).

II. DU DROIT POSTÉRIEUR A LA LOI DES DOUZE TABLES JUSQU'AUX NOVELLES DE JUSTINIEN.

Cet état de choses créé par la loi des Douze Tables fut heureusement modifié, en partie du moins, par le droit prétorien, par les sénatus-consultes et par les constitutions impériales. Étudions ces modifications successives, d'abord dans l'ordre des héritiers siens, ensuite dans celui des agnats.

DES HÉRITIERS SIENS

A. Droit prétorien.

Des personnes appelées par le préteur au même rang que les héritiers siens. — Le préteur accorda la *bonorum possessio unde liberi* (1) : — 1° aux enfants émancipés par le *de cujus* (Instit., § 9, liv. III, tit. I); — 2° aux enfants nés de l'émancipé postérieurement à l'émancipation, et au cas de prédécès de leur père, relativement à la succession de leur aïeul (L. 5, § 1, D., *Si tab. testam. nullæ exst.*, liv. XXXVIII, tit. VI); — 3° aux enfants nés *avant* l'émancipation de leur père et restés sous la puissance de leur aïeul, relativement à la succession de leur père émancipé (L. 5, § 1, D., *eod.*); — 4° aux enfants donnés en adoption, ou qui s'étaient donnés en adrogation après leur émancipation, relativement à la succession de leur père naturel, mais seulement pour le cas où ils seraient sortis de la puissance du père adoptif par l'effet d'une émancipation avant la mort de leur père naturel. Hors ce cas,

(1) Remarquons que le préteur n'attribuait pas l'hérédité proprement dite qui ne pouvait être déférée que par le droit civil, mais la *bonorum possessio* qui avait pour résultat de faire concourir les successeurs prétoriens avec les héritiers du droit civil, ou même de leur donner la préférence sur ces derniers. Voy. d'ailleurs les développements que nous donnons, *infrà*, tit. IX.

le préteur ne leur accordait pas la *bonorum possessio unde liberi* (Instit., § 10, liv. III, tit. I); — 5° aux enfants pérégrins qui avaient obtenu la cité romaine en même temps que leur père d'une concession de l'Empereur, lorsqu'une clause spéciale ne les avait pas mis *in potestate patris* (Gaïus, C. III, §§ 20, 25 et 26); — 6° aux enfants devenus *sui juris* par l'effet d'une *media* ou d'une *maxima capitis deminutio* qui avait frappé le père de famille. On suppose que le père a recouvré plus tard la cité romaine. La puissance paternelle éteinte ne revivra pas. Les enfants, ne se trouvant pas *in potestate patris* lors du décès de celui-ci, n'avaient, d'après le droit civil (*jure civili*), aucun titre à la succession de leur père. Le préteur venait à leur secours et leur accordait la *bonorum possessio unde liberi* (L. 1, § 9, D., liv. XXXVII, tit. IV).

De la collatio bonorum. — La vocation que le préteur accordait aux descendants du *de cujus* au rang des héritiers siens réparait à l'égard de ces descendants une injustice du droit civil. Mais il fallait éviter une autre iniquité. En effet, d'après la constitution quiritaire de la famille, les enfants, restés en puissance, ne pouvaient, en principe, rien acquérir en propre; ils travaillaient pour accroître le patrimoine de la famille. Aussi, d'après le droit civil, ils venaient *seuls* à la succession de leur père; c'était une compensation. Il y aurait eu injustice à appeler purement et simplement les émancipés qui, une fois devenus *sui juris*, avaient pu acquérir un patrimoine propre, à partager les biens du père de famille avec leurs frères qui n'avaient rien à eux. C'est pourquoi le préteur ne les a admis à prendre part à la succession de leur père qu'en leur imposant l'obligation d'*apporter* dans la masse commune leurs biens propres, dont les *heredes sui* profitaient, comme eux-mêmes profitaient des biens acquis au *de cujus* par l'intermédiaire des enfants restés en puissance. Cette nécessité du rapport est ce qu'on appelle la *collatio bonorum* (L. 1, *pr.*, D., *De collat. bonor.*, liv. XXXVII, tit. VI).

A qui profite cette collatio bonorum? — La *collatio bonorum* est due à l'*heres suus;* elle n'est due qu'autant que le *bonorum possessor,* en venant à la succession, cause un préjudice à cet *heres suus.* Si donc l'enfant, resté en puissance, ne souffre aucunement de la vocation successorale du *bonorum possessor,* la *collatio* n'a pas lieu (L. 1, § 5, D., *eod*). Voici une application de ce principe : Un père de famille a deux fils, *Primus* et *Secundus. Primus* est marié et a des enfants. Le père de famille émancipe *Primus* et retient sous sa puissance les petits-enfants issus de ce fils émancipé. Dans cette situation, le père de famille meurt *intestat.* Comment se partagera la succession? — *D'après le droit civil, Secundus,* l'un des deux fils, resté en puissance, prendrait la moitié, et les enfants de *Primus,* l'autre fils émancipé, l'autre moitié. — *D'après le droit prétorien, Primus,* le fils émancipé, vient à la succession et prend le quart comme *bonorum possessor;* les enfants de *Primus* n'ont plus que le quart comme *heredes sui.* Quant à *Secundus,* il conserve toujours sa moitié intacte. — A qui *Primus* fera-t-il le rapport de ses biens? Ce n'est pas à *Secundus,* son frère resté en puissance; car *Secundus* ne souffre aucunement de la possession de biens accordée par le préteur, puisqu'il conserve toujours la moitié de la succession. *Primus* ne cause de tort en venant à la succession qu'à ses enfants dont il diminue la part. C'est donc à eux seuls qu'il est tenu de faire le rapport. — Il pourrait même se faire que l'intervention du *bonorum possessor* profitât grandement à l'héritier sien; alors la *collatio* n'était pas due. On n'a qu'à supposer cet héritier sien institué avec un étranger pour une part moindre que la moitié, mais plus forte que la légitime. L'omission de l'émancipé lui permettait d'obtenir la moitié de la succession par la *bonorum possessio contra tabulas.* Il eût été inique, de voir, dans cette hypothèse, l'héritier sien exiger la *collatio* de celui grâce auquel il obtenait une part plus forte de l'hérédité.

Quels biens sont dispensés du rapport? — Sont exceptés de la *collatio :* — 1° les choses qu'un fils de famille n'eût pas acquises à son père, comme le pécule *castrense* ou *quasi-castrense,* et même dans le dernier état du droit les biens qui auraient fait partie du pécule *adventice;* — 2° tous les biens de leur nature personnels et intransmissibles, comme l'usufruit, l'usage, certaines actions attachées à la personne, notamment l'action d'injures, car elle ne passe pas aux héritiers et ne fait pas précisément partie du patrimoine (*magis vindictæ quam pecuniæ habet persecutionem*).

B. Constitutions impériales antérieures à Justinien.

Des descendants par les filles. — Les descendants par les filles n'avaient *jure civili* aucun droit à la succession de leur aïeul maternel; *jure prætorio,* ils n'y venaient qu'en troisième ordre, par la *bonorum possessio unde cognati.* Une constitution de Théodose, d'Arcadius et de Valentinien, attribua aux descendants par les filles le même degré et le même ordre de succession qu'aux descendants par les mâles, sauf les diminutions suivantes : les enfants de la fille qui concouraient avec des héritiers siens proprement dits, ne prenaient que les deux tiers de la part que leur mère aurait eue, si elle eût été vivante. Quand ils concouraient avec des agnats, ils prenaient les trois quarts de la succession, l'autre quart étant dévolu aux agnats (Inst., § 15, liv. III, tit. I; L. 4, C. Théod., *De legit. hered.,* liv. V, tit. I). — Il est bon de remarquer qu'il y avait une différence entre les héritiers siens proprement dits et ceux appelés comme tels par cette constitution. Les premiers étaient des héritiers *nécessaires* qui n'avaient pas besoin de faire adition pour recueillir l'hérédité; les seconds au contraire ne devenaient héritiers que par leur volonté (*iis adeuntibus*) (Instit., § 15, *eod.*).

C. Droit de Justinien.

Des enfants donnés en adoption. — Le préteur, comme nous l'avons vu, n'accordait la possession *unde liberi*

qu'aux enfants donnés en adoption qui étaient sortis de la puissance de leur père adoptif avant la mort de leur père naturel. Quant aux enfants donnés en adoption et *in adoptiva familia* au moment de l'ouverture de la succession de leur père naturel, ils ne venaient *jure prætorio* qu'en troisième ordre, comme cognats, à défaut d'héritiers siens et d'agnats. Il en résultait cette conséquence fâcheuse, qu'un enfant *in adoptiva familia* lors de la mort de son père naturel, et exclu pour cette raison par des agnats du *de cujus* de la succession de ce dernier, pouvait ensuite être renvoyé de sa famille adoptive par l'effet d'une émancipation et perdre tous ses droits dans la succession de l'adoptant. Il y avait toutefois une exception pour le cas où l'adopté avait été choisi entre trois enfants mâles (*ex tribus maribus fuerit adoptatus*). Dans cette hypothèse, en vertu du sénatus-consulte Sabinien, l'adoptant était dans l'obligation de laisser le *quart* de ses biens à l'adopté *ex tribus maribus*. Cette quarte se nommait *quarte Sabinienne* (Instit., § 14, liv. III, tit. I).

Justinien dépouilla l'adoption de son principal effet en décidant que l'adopté ne changerait pas de famille et resterait désormais sous la puissance de son père naturel, comme s'il n'y eût pas eu d'adoption, à moins que l'adoptant ne fût un ascendant paternel ou maternel de l'adopté. — *Dans le premier cas*, c'est-à-dire lorsque l'enfant est donné en adoption à tout autre qu'à un ascendant, il conserve tous ses droits dans la succession de son père naturel (*integra omnia jura ita servari atque si in patris naturalis potestate permansisset*). Toutefois l'adoption offrira à l'adopté l'avantage de succéder *ab intestat* à son père adoptif. Mais si le père adoptif a fait un testament, l'adopté ne pourra prétendre à rien de son hérédité ni par le droit civil ni par le droit prétorien, ni par la possession de biens *contra tabulas*, ni par la querelle d'inofficiosité; car aucune obligation n'est imposée au père adoptif d'instituer ou d'exhéréder un enfant qui ne tient à lui par au-

cun lien naturel. — *Dans le second cas*, c'est-à-dire lorsque l'enfant est donné en adoption à un ascendant paternel ou maternel, l'enfant change de famille. Les anciens effets de l'adoption sont maintenus. L'adopté acquiert tous les droits d'un *suus* par rapport à l'adoptant (Instit., § 14, liv. III, tit. I) (1).

Justinien a conservé à l'adrogation tous ses anciens effets (Instit., *ibid.*) (2).

Des descendants par les filles. — Justinien a maintenu la diminution du tiers de la part qu'aurait eue la mère, à l'égard des descendants par les filles qui venaient en concours avec des héritiers siens; mais il a décidé que les descendants par les filles excluraient complétement les agnats (Instit., § 16, *eod.*).

DES AGNATS

A. Droit prétorien.

Le droit prétorien n'introduisit par assimilation aucun parent au nombre des agnats; il laissa, sous ce rapport, le droit civil dans toute sa rigueur.

B. Constitutions impériales antérieures à Justinien.

L'empereur Anastase, par une constitution de l'an 498, dont le texte ne nous est point parvenu, ordonna que les frères et sœurs émancipés viendraient prendre part à la succession du *de cujus* au même rang que les frères et sœurs restés dans la famille, et en concours avec ceux-ci. Mais les frères et sœurs émancipés devaient supporter une certaine diminution; ils ne recueillaient que la moitié seulement de ce qui revenait aux frères et sœurs restés en puissance (Théophile, *Paraphr.*, § 1, liv. III, tit. V).

C. Droit de Justinien.

1° *A l'égard des émancipés*, Justinien fit plus: il déclara, par une constitution de l'an 534, que les frères et sœurs émancipés concourraient *sans diminution* avec les frères et

(1-2) Voy. *supra*, liv. I, tit. XI, p. 67 et suiv.

sœurs restés dans la famille, et il accorda la même faveur, après eux, à leurs enfants, mais seulement au premier degré (L. 15, §§ 1, 3, C., *De legit. hered.*, liv. VI, tit. LVIII).

2° *A l'égard des femmes*, il voulut que les *descendantes*, agnates par les mâles, pussent succéder à leurs agnats. C'était l'abrogation de la jurisprudence intermédiaire, et le retour à la loi des Douze Tables (Instit., § 3, liv. III, tit. II).

3° *A l'égard des parents par les femmes*, il appela les frères et sœurs utérins à concourir, comme agnats, avec des frères et sœurs réellement agnats, de même que le premier degré de leurs enfants (L. 7, C., *Ad senatusc. Tertull.*, liv. VI, tit. LVI).

4° Enfin, Justinien a décidé que désormais, dans l'ordre des agnats, la dévolution serait admise, de même qu'elle l'avait toujours été dans l'ordre des cognats (Instit., § 7, liv. III, tit. II).

TITRE III

Du sénatus-consulte Tertullien

Droit antérieur au sénatus-consulte Tertullien.—Dans le système de la loi des Douze Tables la mère était écartée de la succession *ab intestat*, de ses enfants. Il n'y avait d'exception que dans le cas où elle était tombée *in manum mariti*. La femme *in manu* était, par rapport à son mari, assimilée à une fille de famille (*loco filiæ*); elle était considérée comme la sœur de ses propres enfants (*loco sororis*); il en résultait pour elle l'agnation avec son mari et ses enfants (1). Sauf ce cas, la mère restait étrangère à la famille de ses enfants. Mais le préteur l'appelait en troi-

sième ordre parmi les cognats (*bonorum possessione unde cognati accommodata*) (Instit., *pr.*, liv. III, tit. III).

Cette rigueur du droit fut adoucie. Claude, le premier accorda à une mère qui avait perdu tous ses enfants, la succession de ceux-ci pour la consoler de leur perte (*ad solatium liberorum amissorum*). Mais ce n'était là qu'une faveur spéciale et tout exceptionnelle (Instit., § 1, *eod.*).

DU SÉNATUS-CONSULTE TERTULLIEN

Plus tard, sous Antonin le Pieux (1), un sénatus-consulte Tertullien a appelé la mère à la succession de ses enfants (*Plenissime de tristi successione matri deferenda cautum est*). Il est bon de remarquer que le sénatus-consulte ne s'étendait pas à l'aïeule (*non etiam avitæ*) (Instit., § 2, *eod.*).

Dans quel but fut porté le sénatus-consulte Tertullien. —Ce sénatus-consulte fut conçu dans le même esprit que les lois caducaires dont le but était d'accroître la population de l'empire en favorisant les mariages (2).

A quelles conditions la mère jouissait du bénéfice du sénatus-consulte Tertullien.—Le sénatus-consulte n'établissait le droit de succession *ab intestat* des mères sur leurs enfants que lorsqu'elles avaient le *jus liberorum*, c'est-à-dire lorsqu'elles avaient mis au monde *trois* enfants, s'il s'agissait des mères ingénues, et *quatre* enfants, s'il s'agissait des mères affranchies (*ut mater ingenua trium li-*

(1) *Sic*, MM. Ortolan, t. III, p. 50, n° 1056; Demangeat, t. II, p. 36, note 3; Accarias, t. II, p. 56, note 1; Brocher, *Et. histor. et philosoph. sur la légitime et les réserves*, p. 52; Flach, *De la bonor. possess. sous les Emper. rom.*, n° 29. — Au contraire, d'après certains auteurs, le sénatus-consulte Tertullien aurait été rendu sous le règne d'Adrien, père adoptif d'Antonin le Pieux. Heineccius, *Antiq. rom.*, liv. III, tit. III, § 3; Buchardi, t. I, § 106, p. 250 et suiv.; MM. Namur, 2e édit., t. II, § 381, p. 154; Van Wetter, t. II, § 323, p. 284; Maynz, t. III, § 446, p. 209, texte et note 2.

(2) MM. Ortolan, *loc. cit.*; Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 121.

berorum jus habens, libertina quatuor). Il ne suffisait pas que les mères eussent subi la charge de la grossesse, il fallait que les enfants fussent venus au monde vivants et à terme (Instit., § 2, *eod.*).—De plus, le sénatus-consulte Tertullien imposait à la mère la charge de veiller aux intérêts de son enfant pendant l'impuberté. Elle devait dans l'année (*intra annum*) provoquer la nomination d'un tuteur ou le remplacement du tuteur en cas d'exclusion ou d'excuse. Si elle manquait à ce devoir, elle était exclue de la succession sous deux conditions : 1° qu'*elle fût âgée de vingt-cinq ans*, car si elle était mineure de cet âge, cette négligence ne serait pas contre elle un motif d'exclusion; 2° que *l'enfant mourût impubère*, car la circonstance de la mort de l'enfant arrivée après son impuberté, relevait la mère de sa déchéance (Instit., § 6, *eod.*).

Dans quel ordre la mère succédait-elle à ses enfants?—La mère ne devenait héritière en vertu du sénatus-consulte Tertullien qu'à défaut d'enfants et de descendants du *de cujus*. Elle était donc toujours exclue par l'ordre des héritiers siens (Instit., § 3, *eod.*).

Elle venait dans l'ordre des agnats (*inter agnatos*) où elle était primée par le frère consanguin du *de cujus*, et où elle était admise en concours avec la sœur. Sauf ces deux exceptions, elle excluait tous les autres agnats du *de cujus* (Instit., *ibid.*).

Que décider au cas où le *de cujus* laissait un frère consanguin et une sœur consanguine? La mère qui survivait était exclue par la présence du frère consanguin. La succession se partageait donc entre le frère et la sœur (*ex æquis partibus*) sans que la mère pût prétendre à quelque chose sur la part qui revenait à la sœur (Instit., *ibid.*).

Il y avait encore un certain parent qui, venant tantôt comme agnat, tantôt même comme cognat, excluait la mère à l'un ou à l'autre de ces deux titres : c'était le père du *de cujus*; mais il fallait pour cela que le débat d'hérédité ne s'agitât qu'entre le père et la mère seuls (*scilicet*

cum inter eos solos hereditate agitur). Ainsi, lorsqu'un père était sorti de sa famille primitive par émancipation, il ne pouvait venir à la succession de son fils mort *sui juris* que comme cognat. Lors donc qu'il existait un agnat dont la présence excluait le père, la mère pouvait bénéficier du sénatus-consulte Tertullien, car elle ne se trouvait pas en lutte avec les droits du père. Au contraire, s'il n'y avait pas d'agnat, le débat d'hérédité s'élevait alors entre le père et la mère seuls. Celle-ci ne pouvait bénéficier du sénatus-consulte Tertullien. — Cette préférence accordée au père sur la mère ne s'étendait ni à l'aïeul ni au bisaïeul (*non etiam avus et proavus*. Instit., § 3, *eod.*).

De la dévolution dans la succession organisée par le sénatus-consulte Tertullien.—Dans la succession organisée par le sénatus-consulte Tertullien, la dévolution était admise. Si donc le frère consanguin du *de cujus* répudiait la succession, ou en était déclaré indigne, la mère était appelée à l'hérédité. De même au cas où la mère répudiait la succession, elle était dévolue aux autres agnats du *de cujus* (L. 2, §§ 9, 14, 20 et 22, D., *Ad senat. Tertul.*, liv. XXXVIII, tit. XVII).

Fallait-il distinguer pour l'application du sénatus-consulte entre les enfants légitimes et les enfants naturels. — Le sénatus-consulte Tertullien ne faisait aucune distinction entre les enfants nés, soit *ex justis nuptiis*, soit *ex concubinatu*, etc. La mère venait à la succession des uns et des autres en vertu du lien naturel qui existait entre elle et eux (Instit., § 7, *eod.*).

De la bonorum possessio donnée à la mère. — Le préteur accordait à la mère qui avait le *jus liberorum* la même *bonorum possessio* qu'il donnait aux agnats, c'est-à-dire la *bonorum possessio unde legitimi* (L. 2, § 4, D., *Unde legit.*, liv. XXXVIII, tit. VII).

Modifications introduites par Justinien au sénatus-consulte Tertullien. — Le système du sénatus-consulte Tertullien avait déjà reçu de profondes modifications

par des constitutions des empereurs Constantin, Théodose et Valentinien, lorsque Justinien le transforma complétement. Cet empereur voulut que la mère pût recueillir, alors même qu'elle n'aurait eu qu'*un seul* enfant (Instit., § 4, *eod.*), et qu'elle appréhendât toute la succession à l'exclusion des héritiers autres que les frères et sœurs agnats ou cognats (§ 5).—S'il ne restait avec la mère du *de cujus* que des sœurs agnates ou cognates, la mère avait la moitié de l'hérédité, et les sœurs l'autre moitié entre elles toutes (*Dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habent*). Si le *de cujus* laissait un frère ou des frères seuls, ou en même temps des sœurs agnates ou cognates, l'hérédité se partageait par têtes (*In capita distribuatur ejus hereditas.* Instit., § 5, *eod.*).

TITRE IV

Du sénatus-consulte Orphitien

Droit antérieur au sénatus-consulte Orphitien. — D'après la loi des Douze Tables la femme ne pouvait pas avoir d'héritiers siens. Les enfants nés *ex justis nuptiis* qui se trouvaient dans la famille de leur père, ne succédaient pas à l'hérédité de leur mère. Mais la femme pouvait avoir des agnats pour héritiers; et, quand elle se trouvait *in manu mariti*, elle pouvait avoir pour agnats ses propres enfants.

Le préteur laissa subsister cet état de choses : seulement, il accorda la *bonorum possessio unde legitimi* au plus proche agnat; et, à défaut d'agnat, il appela tous les cognats de la femme au moyen de la possession de biens *unde cognati*. Or, les enfants propres de la femme arrivaient en premier ordre parmi les cognats.

DU SÉNATUS-CONSULTE ORPHITIEN

Le sénatus-consulte Orphitien, rendu sous le règne de Marc-Aurèle et de Commode, vingt ans après le sénatus-consulte Tertullien, est venu donner aux enfants dans la succession de leur mère un rang meilleur. Les enfants furent appelés à l'hérédité maternelle en premier ordre avant tous les agnats. Ce sénatus-consulte n'était que la réciproque du sénatus-consulte Tertullien (Instit., *pr.*, liv. III, tit. IV.)

Quels enfants étaient appelés à la succession. — Le sénatus-consulte Orphitien appelait à la succession d'une femme ses *enfants*, et *non pas ses petits-enfants*, de même que le sénatus-consulte Tertullien ne s'appliquait qu'à la mère et non pas à l'aïeule (Instit., § 1, *eod.*).—Il n'y avait pas à distinguer entre les enfants du sexe masculin et les enfants du sexe féminin, entre les enfants *sui juris* et les enfants *alieni juris*, ni entre les enfants nés de justes noces, et les enfants nés d'un concubinat ou même vulgairement conçus (*vulgo concepti* ou *spurii*) (Instit., § 3, *eod.*).

Ces dispositions ont été modifiées en deux points principaux par les constitutions impériales postérieures. Ainsi : 1° une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius a étendu le droit de succession du sénatus-consulte Orphitien aux petits-enfants sur l'hérédité de leur aïeule (Instit., § 1, *eod.*); — 2° Justinien par une constitution insérée au Code (L. 5, *Ad senatusc. Orphit.*, liv. VI, tit LVII), a établi, le premier, une différence entre les *vulgo concepti* ou *spurii* et les enfants nés d'un concubinage (*ex concubinatu*) ou de justes noces (*ex justis nuptiis*). Il a décidé que, lorsqu'une femme *illustre* mourrait laissant à la fois des *spurii* ou *vulgo concepti* et des enfants issus de justes noces, les premiers ne viendraient pas dans la succession *ab intestat* de leur mère en

concours avec les derniers. Bien plus, il a déclaré que la mère ne pourrait donner une partie, si minime qu'elle fût, de sa fortune aux *spurii* ou *vulgo concepti* même par donation ou par testament. Au cas où la mère n'était pas une femme *illustre*, Justinien laissait subsister le droit du sénatus-consulte Orphitien ; on continuait à ne tenir aucun compte de la différence de la naissance.

Caractère de l'ordre de succession créé par le sénatus-consulte Orphitien. — Les enfants appelés en premier ordre à la succession de leur mère par le sénatus-consulte Orphitien n'étaient ni héritiers *siens*, ni *nécessaires;* ils avaient donc besoin, pour être investis de la succession maternelle, de faire adition d'hérédité (*Ab iis legitima hereditas aditur*).

Droit de préférence des enfants sur la mère de la défunte.—Le sénatus-consulte Orphitien appelait en premier ordre les enfants dans la succession de leur mère, mais il ne leur accordait aucun droit de préférence sur la mère de la défunte qui, elle aussi, était appelée en premier ordre par le sénatus-consulte Tertullien. C'est cette concurrence que fit cesser une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose (L. 4, C., *Ad senatusc. Orphit.*, liv. VI, tit. LVII). Désormais donc les enfants furent préférés à la mère de la défunte.

De l'influence exercée par la capitis deminutio sur les droits de succession déférés par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien. — L'hérédité est un droit civil. Pour succéder, il fallait donc être citoyen au moment de l'adition d'hérédité. Par conséquent, la *maxima* et la *media capitis deminutio*, qui détruisaient les droits de cité, faisaient perdre les droits de succession établis par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien.—Quant à la *minima capitis deminutio*, qui enlevait l'agnation et les droits de succession dérivant de la loi des Douze Tables, parce que ces droits étaient fondés sur l'agnation, elle n'avait aucune influence sur les droits de succession établis par

les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien ainsi que par toutes les autres constitutions impériales. Ces droits, en effet, étaient fondés sur la cognation ou parenté naturelle que la *minima capitis deminutio* laissait subsister (Instit., § 2, liv. III, tit. IV).

De la bonorum possessio donnée aux enfants de la défunte. — Le préteur accordait la *bonorum possessio unde legitimi* aux enfants appelés à la succession de leur mère par le sénatus-consulte Orphitien (L. 2, § 4, D., *unde legit.*, liv. XXXVIII, tit. VII).

TITRE V

De la succession des cognats

Définition. — Les cognats sont toutes personnes qui descendent les unes des autres ou d'un auteur commun (*communiter nati*). Le lien du sang constitue donc la base de la cognation, à la différence de l'agnation qui réside dans une parenté purement civile.

Origine de cet ordre de succession. — A défaut d'héritiers siens et d'agnats, ou de personnes assimilées aux héritiers siens et aux agnats, le préteur a appelé en troisième ordre les cognats. Les cognats ne sont pas des héritiers proprement dits. En effet, au point de vue de la successibilité, la cognation n'est prise en aucune considération par l'ancien droit civil. Or le préteur n'a pas le pouvoir de faire des héritiers (*nam prætor heredes facere non potest*). Aussi les cognats appelés *ab intestat* à une succession y viennent-ils, non comme *heredes*, mais seulement comme *bonorum possessores* (Instit., *pr.*, liv. III, tit. V).

Des personnes que le préteur admet dans cet ordre de succession. — Ce sont : 1° Les agnats diminués de tête

(*capite minuti*) et tous leurs descendants; car, nous dit Gaïus, quoiqu'ils aient perdu l'hérédité légitime par la diminution de tête, ils conservent les droits de cognation. Cette solution n'est donc exacte que lorsque, sous l'agnation, il y a une cognation. Ainsi, lorsqu'on devient agnat *par adoption*, on est en même temps cognat de ceux dont on est agnat; mais cette cognation, créée par l'agnation, disparaît avec elle. Si donc l'agnat subit une diminution de tête, il cesse d'être cognat il perd tout droit à la *bonorum possessio unde cognati* (Gaïus, C. III, §§ 21, 27; Instit., § 1, *eod.*). — Il est bon d'observer que les frère et sœur émancipés, malgré leur diminution de tête, viennent en concours avec les frère et sœur restés dans la famille, et sont préférés aux autres agnats et *à fortiori* au cognat le plus proche (1). — 2° Les agnats exclus de l'hérédité par le principe de non-dévolution. C'est ce qui arrive lorsque les agnats sont précédés, à l'ouverture de la succession, par un autre agnat plus proche en degré. Si cet agnat d'un degré supérieur ne peut pas ou ne veut pas se porter héritier, comme il n'y a pas, avant Justinien, de dévolution d'un agnat à l'autre, les agnats du degré subséquent qui ne viennent pas à la succession à titre d'héritiers légitimes ont intérêt à demander la *bonorum possessio unde cognati*. — 3° Les descendants donnés en adoption, et qui, au moment de la mort de leur père naturel, se trouvent *in adoptiva familia* (2). Il en est de même des personnes qui se sont données en adrogation. — 4° Les parents par les femmes en ligne directe et collatérale dans le droit antérieur à Justinien, en ligne collatérale seulement d'après les Institutes (*qui per femini sexus personas ex transversa cognatione junguntur*) (§ 3, *eod.*). — 5° Les femmes agnates (*feminæ*

(1) Voy. ci-dessus la constitution d'Anastase relative aux frères et sœurs émancipés, p. 308.

(2) Voy. ci-dessus, liv. I, tit. XI, p. 67, les changements apportés par Justinien aux effets de l'adoption.

agnatæ) au delà du degré de sœurs (Instit., § 3, *eod.*). — 6° La mère du *de cujus*, ou réciproquement les enfants de la défunte sur la succession de leur mère. Bien entendu il ne peut être question que d'une femme qui n'est pas *in manu mariti*. — 7° Les enfants *vulgo quæsiti* soit par rapport à leur mère, soit par rapport à tous les parents maternels (Instit., § 4, *eod.*; LL. 2, 4, D., *unde cognat.*, liv. XXXVIII, tit. VIII). De plus, ces enfants *vulgo quæsiti* ne peuvent pas avoir d'agnat; car c'est du père que vient l'agnation, et ils sont censés ne point avoir de père. Lorsqu'ils meurent, ils peuvent laisser des héritiers siens (les enfants qu'ils auraient eus *ex justis nuptiis*), mais jamais des agnats. A défaut d'héritiers siens, leur succession passe à leurs cognats. Il en est de même, et à plus forte raison, des enfants nés d'un concubinat (*liberi naturales*) qui ont un père certain (Instit., § 4, *eod.*) (1).

TITRE VI

Des degrés de cognation

Des lignes et des degrés de parenté. — On distingue dans la parenté deux lignes, la ligne directe, la ligne collatérale (Instit., *pr.*, liv. III, tit. VI).

La *ligne directe* se compose de parents issus l'un de l'autre. Exemple : le père et le fils, etc. Elle se divise en ligne directe *ascendante* et en ligne directe *descendante*. Pour une personne les ascendants sont ceux dont elle est issue, les descendants ceux qui sont issus d'elle (Instit., *ibid.*).

(1) M. Ortolan (t. III, p. 64, n° 1073 *in fine*) enseigne que ces *liberi naturales* étaient appelés par le préteur au rang des cognats dans la succession de leur père et des parents de leur père. — Comp., M. Demangeat, t. II, p. 56.

La *ligne collatérale* comprend les parents qui descendent d'un auteur commun. Exemple : le frère et la sœur, etc.

C'est au moyen de *degrés* que l'on calcule la parenté. La parenté est une échelle dont chaque échelon est occupé par un parent. Le degré est l'intervalle entre deux échelons. Cet intervalle forme une génération. La génération suppose donc deux individus.

En ligne directe l'échelle est *simple*. Le fils est au premier degré du père; il n'en est séparé que par un intervalle, etc.

En ligne collatérale, l'échelle est double. Il faut remonter l'échelle et la redescendre ensuite. Exemple: le frère est au second degré de parenté de la sœur; car, en remontant du frère à l'auteur commun, on trouve une génération, une autre en redescendant de l'auteur commun à la sœur, etc.

Dénomination des divers degrés de cognation. — Les Institutes (§§ 1-7) nous donnent un tableau des divers degrés de cognation; nous nous contentons d'y renvoyer nos lecteurs.

Observations.

Première observation. — En ligne collatérale le parent le plus proche est au deuxième degré; il n'y a pas de parent au premier degré (Instit., *pr.*, *eod.*).

Deuxième observation. — Au delà du sixième degré, il n'y a plus de dénomination particulière pour désigner les parents. Les cognats *ultra sextum gradum*, à l'exception des enfants du cousin et de la cousine issus de germains, ne sont pas appelés à l'hérédité et n'ont même pas la *bonorum possessio unde cognati*. C'est là une différence entre les cognats et les agnats. Les agnats sont appelés à l'hérédité légitime et ont droit à la possession de biens *unde legitimi*, fussent-ils du dixième degré (*et si decimo gradu sint*). Le dixième degré n'est pris ici que comme exemple d'une parenté éloignée et non comme une limite posi-

tive (1). (Instit., § 5, liv. III, tit. v; § 12, liv. III, tit. vi).

Troisième observation.—La proximité de degré ne donne pas toujours la préférence dans la succession. Il faut s'attacher, avant tout, à la qualité des parents, voir dans quelle classe la loi les a rangés. La classe des héritiers siens exclut la classe des agnats; et la classe des agnats, qui est exclue par celle des héritiers siens, passe avant celle des cognats (*Amotis quoque suis heredibus... agnatus qui integrum jus agnationis habet, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur quam proximior cognatus*). Ainsi, un arrière-petit-fils et le fils d'un arrière-petit-fils passent avant le frère et la sœur ou le père et la mère du défunt, quoique le père et la mère soient au premier degré de cognation, le frère et la sœur au second, et l'arrière-petit-fils et le fils de l'arrière-petit-fils au troisième et au quatrième degré (Instit., §§ 11, 12, liv. III, tit. vi).

Quatrième observation. — La dévolution, qui n'était pas admise avant Justinien d'un agnat à l'autre, était admise dans l'ordre des cognats (Instit., § 7, liv. III, tit. ii).

Cinquième observation. — La parenté servile (*servilis cognatio*) ne pouvait, dans le droit antérieur à Justinien, fonder aucun droit de succession, même après l'affranchissement. Justinien a corrigé la rigueur de ce principe en décidant que la parenté servile suffirait aux enfants pour succéder à leurs père et mère, et même pour se succéder entre eux (Instit., § 10, liv. III, tit vi).

(1) Voy., en ce sens, MM. Ortolan, t. III, n° 1074; de Fresquet, t. I, p. 116; Demangeat, t. II, p. 56 et 57; Cauvet, *le Droit pontifical chez les anciens Romains*, p. 78; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. II, § 324, p. 278, texte et note 11; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. II, p. 21, note 1; Machelard, Labbé et Gide. *à leurs cours.*

TITRE VII

De la succession des affranchis

Il faut se placer à quatre époques pour suivre les changements de la législation en cette matière, sous la loi des Douze Table, sous le droit prétorien, sous la loi Papia Poppæa, sous Justinien.

I. SUCCESSION DES AFFRANCHIS D'APRÈS LA LOI DES DOUZE TABLES.

La succession *ab intestat* de l'affranchi était dévolue : —*en premier ordre*, aux héritiers siens de l'affranchi, nés depuis l'affranchissement, ou aux enfants qu'il avait adoptés, ou bien à son *uxor conventa in manum* qui se trouvait *loco filiæ* ; — *en second ordre*, au patron de l'affranchi et aux enfants du patron.

Quant à la succession *testamentaire*, l'affranchi avait toute liberté. Il pouvait, en instituant un étranger, priver son patron de tous droits à sa succession.

Ce système renfermait une double injustice ; car l'affranchi pouvait : — 1° par une adoption volontaire ; — 2° par un testament fait au profit de tout autre, exclure le patron de sa succession.

Dans la succession d'une femme affranchie, ces inconvénients n'étaient pas à craindre, pour deux raisons : — 1° parce que l'affranchie ne pouvait pas avoir d'héritiers siens, et qu'alors le patron venant au rang des agnats occupait le premier ordre de succession *ab intestat* ; — 2° parce que l'affranchie, étant sous la tutelle de son patron, ne pouvait faire un testament valable sans l'autorisation de ce patron (Instit., *pr.*, liv. III, tit. VII).

Observation. — La loi des Douze Tables ne faisait aucune distinction entre le patron et la patronne; entre les enfants mâles et les filles du patron.

II. SUCCESSION DES AFFRANCHIS D'APRÈS LE DROIT PRÉTORIEN.

Le préteur corrigea la double injustice que renfermait la loi des Douze Tables.

En matière de succession *ab intestat*, il admit que le patron serait exclu par les enfants de l'affranchi, nés *ex justis nuptiis*. Quant aux enfants adoptés par l'affranchi, ou à l'*uxor in manu*, ces personnes n'étaient plus préférées *complétement* au patron. Ce dernier ne les excluait pas non plus entièrement. Il s'établissait un concours entre ces personnes et le patron. La succession de l'affranchi se partageait par moitiés dont l'une revenait au patron, et l'autre aux enfants adoptés ou à l'*uxor in manu*. Les droits du patron passaient en cas de prédécès à ses enfants mâles (Instit., § 1, liv. III, tit. VII).

En matière de succession *testamentaire*, si l'affranchi avait disposé de plus de la moitié de sa succession, le préteur accordait au patron la possession de biens *contra tabulas* pour la moitié qui lui revenait, à moins que l'institué ne fût un enfant naturel du testateur (Gaïus, C. III, § 41; Instit., § 1, *eod.*).

Observations. — 1° Le préteur ne s'occupait pas de la succession d'une femme affranchie qui continuait à être régie par la loi des Douze Tables. — 2° Il ne statuait qu'à l'égard du patron et de ses enfants mâles. Par conséquent, les avantages qu'il leur accordait ne s'étendaient ni à la patronne ni à la fille du patron. La loi des Douze Tables restait toujours en vigueur à l'égard de ces personnes. — 3° Le préteur a complété le nombre des héritiers des affranchis en créant au profit de certaines personnes plusieurs ordres de possessions de biens, savoir : — la *bonorum possessio tum quem ex familia*, — *patronus et patrona*

liberique eorum et parentes, — unde vir et uxor, — unde cognati manumissoris (1).

III. SUCCESSION DES AFFRANCHIS D'APRÈS LA LOI PAPIA POPPÆA.

La loi Papia Poppæa décida que le patron viendrait même en concours avec les enfants naturels de l'affranchi pour une part virile (un tiers ou moitié), mais seulement lorsque l'affranchi, mort testat ou intestat, laisserait une fortune de 100,000 sesterces ou davantage, ou moins de trois enfants (Gaïus, C. III, § 42; Instit., § 2, *eod.*).

Ainsi, pour que le patron fût exclu par les enfants naturels de la succession de l'affranchi, il fallait que l'affranchi laissât une fortune de moins de 100,000 sesterces, ou plus de trois enfants.

Quant à la patronne et aux filles du patron, voici quelles étaient les dispositions de la loi Papia Poppæa : — Si la patronne était une ingénue qui aurait eu deux enfants (*duobus liberis honorata*), ou une affranchie qui en aurait eu trois (*tribus liberis*), la loi Papia Poppæa lui donnait presque les mêmes droits que l'édit du préteur avait donnés au patron (*eadem fere jura dedit quæ ex edicto prætoris patroni habent*), c'est-à-dire la moitié de la succession au cas où l'affranchi ne laissait pas d'enfants nés *ex justis nuptiis*. — Si la patronne était une ingénue qui aurait eu trois enfants (*trium liberorum jure honorata*), la loi Papia Poppæa lui donnait absolument les mêmes droits qu'elle donnait au patron, c'est-à-dire le droit de prendre une part virile dans la succession de l'affranchi qui laissait 100,000 sesterces et davantage ou moins de trois enfants (Gaïus, C. III, § 50).

Quant à la succession d'une affranchie, la loi Papia

(1) Voy., sur ces divers ordres de possessions de biens, *infrà*, tit IX, p. 331 et 332.

Poppæa décida que l'affranchie qui aurait eu quatre enfants serait libérée de la tutelle de son patron, et pourrait faire un testament valable sans aucune autorisation. Mais elle accorda au patron dans la succession de cette affranchie une part virile, calculée sur le nombre des enfants survivants (Gaïus, C. III, § 44).

Observation. — Les règles que nous venons de tracer ne s'appliquaient qu'à la succession des affranchis *citoyens romains*. Mais il existait dans le droit antérieur à Justinien deux autres classes d'affranchis, savoir : les Latins-Juniens et les déditices.

a. Succession des affranchis latins-juniens. — Les Latins-Juniens étaient censés, au moment de leur mort, n'avoir jamais été libres. *In ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant*, nous disent les Institutes (§ 4, *eod.*). La conséquence de cet état était qu'en mourant ils ne laissaient pas de succession, partant qu'ils n'avaient pas, à proprement parler, d'héritiers. Leurs biens revenaient à leur patron, non par droit de succession, mais comme ayant toujours été la propriété du maître, à titre de pécule (*jure quodammodo peculii.* Gaïus, C. III, § 56; Instit., *ibid.*). Quand le patron était mort avant l'affranchi latin, les biens de ce dernier compris comme un pécule dans la succession du patron passaient aux héritiers de ce patron. Si donc le patron laissait des enfants qui ne fussent pas ses héritiers, ces enfants étaient exclus de toute part dans les biens de l'affranchi (Gaïus, C. III, § 58). Le sénatus-consulte Largien, rendu sous le règne de Claude, créa, sur les biens de l'affranchi latin, une sorte d'hérédité au profit des enfants du patron. Il voulut qu'on les préférât aux héritiers externes qui auraient recueilli l'hérédité du patron, à moins qu'ils n'eussent été formellement exhérédés (Gaïus, C. III, §§ 63-67; Instit., § 4, *eod.*).

Une constitution de Trajan appliqua ces mêmes règles à la succession de l'affranchi même citoyen romain, mais

qui n'avait obtenu de l'Empereur le *jus Quiritium* que *salvo jure patroni*, à l'insu ou contre le gré de son patron (Gaïus, C. III, § 72; Instit., § 4, *eod.*). Cette disposition fut plus tard modifiée par un sénatus-consulte d'Adrien (Gaïus, C. III, § 73).

b. Succession des affranchis déditices. — Les biens des affranchis déditices étaient dévolus à leur mort, tantôt par droit de succession comme ceux des affranchis citoyens romains (*modo quasi civium romanorum libertorum*), tantôt par droit de pécule, comme ceux des affranchis latins (*modo quasi Latinorum*. Gaïus, C. III, §§ 74, 75, 76).

Observation.—A la différence de ce qui était réglé quant aux affranchis citoyens romains, les affranchis déditices ne pouvaient tester (*Non tamen hi habent etiam testamenti factionem.* Gaïus, C. III, § 75). Ce droit, en effet, était éminemment une faculté attachée à la qualité de citoyen.

IV. SUCCESSION DES AFFRANCHIS SOUS JUSTINIEN.

Justinien a fait disparaître toute différence entre le patron (*patronus*) et la patronne (*patrona*), entre les enfants du sexe masculin et ceux du sexe féminin nés du patron ou de la patronne, entre la succession d'un affranchi mâle (*libertus*) et celle d'une femme affranchie (*liberta*).

Voici comment était réglée la succession *ab intestat* de l'affranchi.

En premier ordre, venaient les enfants de l'affranchi, même ceux qu'il aurait eus en esclavage (*in servili conditione*), pourvu qu'ils fussent libres au moment de la mort de leur père.

En deuxième ordre, à défaut d'enfants, venaient les ascendants, père et mère de l'affranchi, et même ses frères et sœurs, bien que nés dans une condition servile, mais affranchis et devenus libres à la mort du *de cujus* (1) (L. 4, § 8, C., *De bonis libert.*, liv. IV, tit. IV).

(1) V. toutefois M. Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. II, p. 48, note 4, et p. 49, note 1.

En troisième ordre, venaient le patron, ou la patronne, et, à leur défaut, leurs enfants.

En quatrième ordre, venaient les cognats du patron et de la patronne jusques et y compris le cinquième degré (Instit., § 3, *eod.*)

En cinquième ordre, venait le conjoint (*uxor*) du *de cujus*.

Voici comment se réglait la succession *testamentaire*.

L'affranchi pouvait toujours faire un testament en faveur d'un de ses enfants, et exclure entièrement le patron ou la patronne.

Quid du cas où l'affranchi, n'ayant pas d'enfants ou les ayant exhérédés, a fait un testament en faveur d'un étranger? Il faut distinguer : — L'affranchi a-t-il laissé une fortune inférieure à cent sous d'or (*minus centenariis*), il a pu tester librement et exclure pour le tout son patron. — Au contraire, l'affranchi a-t-il laissé plus de cent sous d'or (*major centenariis*), le patron obtiendra, non plus, comme autrefois, la moitié, mais seulement le tiers. Ce tiers est pour lui une véritable légitime (Instit., § 3, *eod.*).

Enfin sous Justinien, les affranchis latins-juniens et les affranchis déditices ont disparu (*dedititiis et Latinis sublatis*). Tous les affranchis sont également citoyens romains, ne formant qu'une seule classe. Par conséquent, les dispositions relatives aux Latins-Juniens et aux déditices ont cessé d'être appliquées (Instit., § 4 *in fine*).

TITRE VIII

De l'assignation des affranchis

Notions préliminaires. — De droit commun, lorsque le patron mourait avant l'affranchi, les enfants du patron qui étaient au même degré (*qui ejusdem gradus sunt*) suc-

cédaient concurremment et aux droits de patronage et à l'hérédité de l'affranchi (*æqualiter bona liberti pertinent*). Mais le père de famille, aux termes d'un sénatus-consulte rendu sous le règne de Claude (L. 1, *pr.*, D., *De adsign. libert.*, liv. XXXVIII, tit. IV), a reçu le pouvoir de choisir entre ses enfants celui auquel il voudrait transmettre le droit de patronage sur l'affranchi et le droit de succéder à cet affranchi (*uni ex liberis adsignare libertum*). Cet acte s'appelait *assignation d'un affranchi* (Instit., *pr.*, liv. III, tit. VIII).

Qui peut faire l'assignation d'un affranchi ? — Le droit d'assignation est un attribut de la puissance paternelle; il en résulte que les femmes (*patronæ*) n'ont pas le *jus adsignandi libertum*.

En faveur de qui peut être faite l'assignation d'un affranchi ? — On peut assigner un affranchi non-seulement à son fils ou à son petit-fils, mais encore à sa fille ou à sa petite-fille, pourvu qu'on les ait sous sa puissance; et cela quand même les petits-enfants seraient précédés dans la famille par leur père, sous la puissance duquel ils doivent retomber à la mort de leur grand-père. Cette assignation peut être faite à deux ou à plusieurs des enfants aussi bien qu'à un seul (*duos pluresve liberos*. Instit., §§ 1, 2, liv. III, tit. VIII).

Objet de l'assignation. — L'assignation s'applique à une affranchie (*liberta*) comme à un affranchi (*libertus*) (Instit., § 1, *eod.*).

De quelle manière se fait l'assignation ?— L'assignation d'un affranchi peut être faite soit par testament, soit dans toute autre forme. Une manifestation quelconque de la volonté du père de famille suffit (*quibuscumque verbis*) (Instit., § 3, *eod.*).

Comment s'évanouit l'assignation ?—De trois manières : — 1° l'assignation s'évanouit lorsque le père de famille a manifesté d'une manière quelconque (*etiam nuda voluntate*) l'intention de la révoquer (L. 1, § 4, D., *De adsig. libert.*

liv. XXXVIII, tit. IV); — 2° lorsque l'enfant en faveur de qui elle a été faite, est ensuite émancipé (Instit., § 2, liv. III, tit. VIII); — 3° lorsqu'il meurt sans postérité. — Dans ces trois cas il y a un retour au droit commun. La succession de l'affranchi se partage également entre tous les enfants du patron (Instit., *pr.*, *eod.*).

TITRE IX

Des possessions de biens

Définition. — La *bonorum possessio* est un droit conféré par le préteur à certaines personnes sur les biens d'un défunt. C'est la succession prétorienne, comme l'*hérédité* est la succession du droit civil.

Nature et caractère de la possession de biens.

Le préteur ne pouvait pas faire des héritiers proprement dits. C'était la loi ou tout autre acte législatif, tel que des sénatus-consultes ou des constitutions impériales, qui seuls avaient la puissance de conférer la qualité d'héritier. Mais le préteur donnait la possession de biens, et, avec le titre de *bonorum possessores*, des avantages identiques à ceux que procurait l'hérédité, et même certains avantages de plus. Les *bonorum possessores* n'étaient point héritiers, ils étaient établis aux lieu et place d'héritiers (*loco heredum constituuntur*. Instit., § 2, liv. III, tit. IX) (1).

Dans quel but le préteur a-t-il créé les possessions de biens ?

Le préteur a créé les possessions de biens dans le but : — 1° soit de confirmer le droit civil (*veteris juris confirmandi*); — 2° soit d'en combler les lacunes (*dilatavit*); — 3° soit d'en corriger les défauts (*emendandi*).

1° *De confirmer le droit civil* (*confirmandi*). — Le pré-

(1) M. Accarias (*Précis de dr. rom.*, t. II, n° 442, p. 73) a indiqué avec détail et parfaite clarté les ressemblances et les différences entre l'hérédité et la *bonorum possessio*.

teur confirmait le droit civil lorsqu'il donnait la possession de biens à des personnes qui étaient déjà appelées à l'hérédité par le droit civil. Ainsi, la *bonorum possessio unde liberi*, en tant qu'elle était accordée aux héritiers *siens* appelés à l'hérédité *ab intestat*, par le droit civil, avait pour but de confirmer le droit civil. C'est ce qui arrivait également, lorsque la *possessio bonorum unde legitimi* était donnée aux agnats et aux personnes que le droit civil appelait à l'hérédité en second ordre. — Il en était encore ainsi, lorsque la *bonorum possessio secundum tabulas* était obtenue par une personne qui, même en droit civil, se trouvait valablement instituée (Instit., § 1, liv. III, tit. IX).

Quel avantage procurait la possession de biens à ceux qui étaient déjà héritiers d'après le droit civil?—Le seul avantage, nous dit Gaïus (C. III, § 34), c'est de pouvoir user de l'interdit qui commence par les mots *Quorum bonorum*, interdit qui avait pour effet de se faire mettre en possession des biens héréditaires (1).

2° *De combler les lacunes du droit civil* (*dilatavit*). — Le préteur se proposait de pourvoir à ce qu'on ne mourût pas sans successeur (*ne quis sine successore moreretur*). A cet effet il étendit et développa le système du droit civil, qui, restreint dans des limites trop étroites par la loi des Douze Tables, laissait en déshérence un grand nombre de successions. Ainsi, c'était par extension du droit civil (*supplendi juris civilis gratia*) qu'il appelait à la succession les cognats, et qu'il les protégeait par la possession de biens *unde cognati*. C'était encore dans le même but qu'il accordait la *bonorum possessio unde vir et uxor* (Instit., § 2, *eod.*).

3° *De corriger le droit civil* (*emendandi vel impugnandi veteris juris gratia*) (2). Le préteur modifiait, corrigeait le droit civil, par exemple:—lorsqu'il accordait la *bonorum*

(1) La *bonorum possessio* donnait à l'héritier d'autres avantages que Gaïus ne signale pas, mais que M. Accarias, *op. cit.*, n° 442 *in fine*, p. 76, a relevés avec beaucoup d'exactitude.

(2) M. Vangerow (*Lehrbuch*, t. II, § 298, p. 14) place sous Auguste la naissance de la *bonorum possessio corrigendi gratia*.

possessio contra tabulas à l'enfant émancipé que le père de famille avait omis dans son testament; — ou lorsqu'il accordait la *bonorum possessio secundum tabulas* à un posthume externe (*postumo alieno*) institué dans un testament, bien que dans le droit civil antérieur à Justinien une pareille institution fût nulle (*quamvis hereditatem jure civili adire non poterat.* Instit., *pr.*, *eod.*). — Enfin le préteur corrigeait le droit civil, lorsqu'il appelait à la succession *ab intestat*, au moyen de la *bonorum possessio unde liberi*, les enfants émancipés avec les héritiers siens.

Origine et développement successif de la bonorum possessio. — Vraisemblablement le préteur a dû commencer par donner la *bonorum possessio* à l'héritier appelé par le droit civil (*veteris juris confirmandi gratia*). Le fait se trouvait ainsi à l'origine conforme avec le droit.

Il l'a donnée ensuite, pour combler les lacunes du droit civil, à certaines personnes qui, équitablement, pouvaient prétendre à la succession par suite de leurs rapports avec le *de cujus* (*Ex bono et æquo jus percipiendarum hereditatum dilatavit.*)

Plus tard, soutenu par l'opinion publique, il a fini par refuser la *bonorum possessio* à certains héritiers du droit civil pour l'attribuer à leur détriment à d'autres personnes qu'il lui paraissait plus équitable d'appeler de préférence à la succession (1).

Division des bonorum possessiones.

Les possessions de biens se divisaient en possessions de biens, — *testamentaires* et *ab intestat*, — *cum re* et *sine re*, — *edictales* et *decretales*.

A. **Des possessions de biens testamentaires.**

Il y avait deux possessions de biens testamentaires : —

(1) Voy., en ce sens, MM. Ortolan, t. III. n° 1099; Demangeat. t. II. p. 80; Vangerow, t. II, § 398; Mühlenbruch. *Lehrb.*, t. III, § 620; Flach, *Bonor. possess.*, n°s 3 et 4; Brocher, *Et. hist. et philosoph. sur la légitime et les réserves*, p. 47; Van Wetter, t. II, § 317, p. 258; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. II, p. 71. n° 440 et suiv.; Labbé, *à son cours* — *Contrà*, de Savigny. *Zeitschrift* für geschichtl. Rechtsw., t. V. p. 14 et suiv.; Vindscheid, *Lehrb.*, t. III, § 532, note 4; Maynz, 3e édit., t. III, § 443, p. 196 et suiv.

la première, appelée *contra tabulas*, était accordée, par exemple, aux enfants omis dans le testament de leur père ou de leur aïeul paternel (*præteritis liberis*); — la seconde, dite *secundum tabulas*, était donnée aux héritiers institués, soit conformément aux règles du droit civil, et qui voulaient profiter des avantages établis par le droit prétorien, par exemple, du bénéfice de l'interdit *quorum bonorum*, soit seulement suivant les conditions requises par le droit prétorien, lors même que l'institution n'avait aucune valeur *jure civili* (Instit., § 3, *eod.*).

Des possessions de biens ab intestat.

Dans le droit antérieur à Justinien, il y en avait huit :

1° La possession de biens *unde liberi* était donnée aux héritiers siens ou à ceux qui leur étaient assimilés (*et iis qui ex edicto prætoris inter suos heredes connumerantur*). Elle n'avait pas lieu dans la succession des femmes, puisque ces dernières n'avaient pas d'héritiers siens (Instit., *ibid.*).

2° La possession *unde legitimi* était donnée aux agnats et à ceux que les constitutions avaient placés au rang des agnats, à la mère venant à la succession de ses enfants, d'après le sénatus-consulte Tertullien; aux enfants succédant à leur mère d'après le sénatus-consulte Orphitien; aux héritiers siens qui avaient négligé de demander dans le délai voulu leur possession de biens spéciale *unde liberi*; enfin aux patrons appelés par la loi des Douze Tables à l'hérédité de leurs affranchis. — Il est bon de remarquer qu'en cette matière le préteur n'allait pas au delà du droit civil qu'il ne faisait que confirmer purement et simplement (D., *Unde legit.*, liv. XXXVIII, tit. VII).

3° La possession *unde cognati* était accordée aux cognats du défunt selon leur degré de proximité (D., *Unde cogn.*, liv. XXXVIII, tit. VIII).

4° La possession *unde vir et uxor* qui se donnait à l'époux survivant non divorcé, alors qu'il n'y avait pas eu *conventio in manum* (D., *Unde vir et ux.*, liv. XXXVIII, tit. XI).

5° La possession *unde decem personæ* était accordée par le préteur à dix cognats de celui qui, donné en *mancipium*, était affranchi par l'acquéreur, de préférence à cet affranchissant. Ces cognats préférés au *manumissor extraneus* étaient : le père et la mère ; le grand-père et la grand'mère tant paternels que maternels ; le fils et la fille, le petit-fils et la petite-fille, issus d'un fils ou d'une fille ; le frère et la sœur soit consanguins, soit utérins (Instit., § 3, *eod.*). Sans cette *bonorum possessio* particulière, les dix parents que nous venons d'énumérer, n'étant que de simples cognats à l'égard de l'affranchi, auraient été écartés par le *manumissor extraneus*, qui avait tous les droits de patronage (Instit., § 4, *eod.*).

6° La possession *tum quem ex familia* (1) ne s'accordait que relativement à la succession des affranchis. Elle se donnait à la famille, c'est-à-dire aux agnats du patron (Instit., §§ 3, 5, *eod.*).

7° La possession *unde patronus et patrona, liberique eorum et parentes* était donnée au patron du patron, et à sa *familia*, au cas où il était prédécédé. Il faut supposer que l'affranchi défunt avait pour patron un autre affranchi dont le patron exerçait les droits (Instit., § 5, *eod.*) (2).

8° La possession *unde cognati manumissoris* se donnait aux agnats du patron jusqu'au sixième degré, et même au septième degré quand le cognat était l'enfant du *sobrinus*, c'est-à-dire du cousin issu de germain du patron (Instit., § 6, *eod.*).

Qu'appelait-on possession de biens extraordinaire ? Les possessions de biens que nous venons d'énumérer constituaient les possessions de biens que l'on appelait *ordinaires* (*ordinariæ*), parce qu'elles étaient accordées par le

(1) Le texte des Institutes (§§ 3, 5) porte à tort : *Tam quam ex familia.*
(2) Telle est l'explication donnée par Gœschen, Mémoire sur la *bonorum possess. libertini intestati* (Civilitisches Magazin, t. IV, p. 257, 359) ; Hugo, *Hist. du dr. rom.*, t. I, § 224, note 3 ; Demangeat, t. II, p. 92 et 93. — Cette explication est toutefois repoussée par MM. Ortolan, t. III, n° 1444 ; Accarias, t. II, p. 84, note 1 ; Maynz, t. III, § 454, p. 255, texte et notes 37 et suiv.

préteur à certaines personnes, dans un cas et dans un ordre parfaitement déterminés. Il y avait une autre espèce de possessions de biens que le préteur ne rangeait dans aucun ordre fixe, ni parmi les possessions de biens testamentaires, ni parmi les possessions de biens *ab intestat;* cette possession de biens se qualifiait *uti ex legibus* ou possession de biens *extraordinaire;* elle se donnait aussi bien *ex testamento,* que *ab intestato,* comme une ressource dernière et extraordinaire (*quasi ultimum et extraordinarium auxilium*), en vertu d'une disposition expresse d'une loi, d'un sénatus-consulte ou de tout autre acte législatif qui ordonnait de déférer à telles personnes la possession de biens (Instit., § 7, *eod.*). La loi Papia Poppæa nous offre un exemple de possessions de biens *uti ex legibus.* Elle ne se contente pas, en effet, d'appeler la patronne à la succession de l'affranchi en concours avec les enfants de celui-ci; elle ordonne encore au préteur de lui donner la possession de biens (1) (Ulpien, *Reg.*, tit. XXIX, §§ 5-7).

B. **Bonorum possessio cum re et bonorum possessio sine re.**

La possession de biens était tantôt *cum re,* tantôt *sine re.*

Cum re, lorsqu'elle était effective, efficace contre le droit civil. Le *bonorum possessor* n'avait pas à craindre d'être évincé par l'héritier du droit civil (*cum effectu bona retineat*).

Sine re, lorsqu'elle était purement nominale, inefficace contre le droit civil; et que le *bonorum possessor* restait exposé à l'éviction de l'héritier du droit civil (*cum alius jure civili evincere hereditatem possit.* Ulpien, *Reg.*, tit. XXIII, § 6, tit. XXVIII, § 13; Gaïus, C. II, §§ 148 et 149, C. III, §§ 36 et 37).

Quel avantage pouvait offrir la bonorum possessio sine re?

(1) Voy., pour plus de détails sur cette possession de biens *uti ex legibus*, M. Flach, *Bonor. possess.*, p. 52 et 53.

—La possession de biens *sine re* offrait à celui qui l'obtenait un avantage considérable. Elle lui permettait d'intenter l'interdit *Quorum bonorum*. A l'aide de cet interdit le *bonorum possessor* pouvait se faire mettre en possession même en évinçant l'héritier. Une fois mis en possession, il se trouvait dans une position meilleure, puisqu'il gardait la défensive, et que c'était à l'héritier qui l'attaquait par la *petitio hereditatis*, à faire la preuve de son droit, de son lien de parenté avec le *de cujus*. Si l'héritier ne pouvait établir cette preuve, le *bonorum possessor* gardait la possession de la succession.

Dans quels cas la bonorum possessio était donnée cum re et sine re. La possession de biens avait lieu *cum re* dans deux cas principaux : 1° lorsque celui qui demandait la possession de biens était en même temps héritier d'après le droit civil ; 2° lorsqu'il n'y avait pas d'héritier d'après le droit civil. Par exemple, si le *de cujus* était mort *intestat*, ne laissant que des cognats. Le plus proche cognat qui demandait la possession de biens l'obtenait *cum re*.

Outre ces deux cas principaux et quelques hypothèses spéciales introduites par les constitutions impériales, la *bonorum possessio* se donnait, en principe, *sine re* (1).

C. **Bonorum possessio edictalis et bonorum possessio decretalis.**

La possession de biens *edictalis* était celle qui était accordée en vertu d'une disposition formelle de l'édit, sans examen préalable. Elle pouvait être demandée au magistrat en quelque lieu que ce fût, dans toutes circonstances ; elle était concédée *de plano*.

La possession de biens *decretalis* était celle qui était accordée non plus en vertu d'une disposition expresse de l'édit et *de plano*, mais par la volonté du préteur, après un examen préalable des faits (*cognita causa*), et eu égard aux

(1) Consult. M. Demangeat, t. II, p. 102.

circonstances particulières de la cause. Elle ne pouvait être demandée au magistrat que lorsqu'il se trouvait en son tribunal, occupé à rendre la justice (L. 1, § 7, D., *De success. edict.*, liv. XXXVIII, tit. IX).

Étaient *edictales* les possessions de biens accordées par le préteur aux différents ordres de successions testamentaires ou *ab intestat*. Ces possessions de biens avaient un caractère définitif.

Étaient *decretales* les possessions de biens accordées, par exemple, en vertu de l'édit Carbonien (1), ou bien *ventris nomine*. Ces possessions de biens n'offraient, dans la plupart des cas, rien de définitif. Le préteur y avait recours, dans le procès, comme à un expédient provisoire.

De quelle manière s'obtenait la bonorum possessio.

La possession de biens n'opérait pas de plein droit en faveur des personnes qui y étaient appelées ; elle avait besoin d'être demandée en justice au magistrat du peuple romain (*magistratus populi romani*), c'est-à-dire au préteur à Rome, au gouverneur dans les provinces. A l'origine, on se servait pour cette demande de certains termes solennels. Une constitution de l'empereur Constance (2) a fait disparaître la solennité des paroles. Désormais on peut demander la *bonorum possessio* en termes quelconques, non-seulement au *magistrat du peuple romain*, mais à tout autre juge, même aux magistrats municipaux, tels que les duumvirs (L. 9, C., *qui adm. ad bon. poss.*, liv. VI, tit. IX).

Dans quel délai devait être demandée la bonorum possessio.

En droit civil, l'héritier volontaire n'avait pas de délai déterminé pour faire adition d'hérédité. De là, un grave inconvénient au point de vue des créanciers, des légataires et de toutes autres personnes intéressées dont les

(1) Voy., pour les détails sur la *bonorum possessio*, établie par l'édit Carbonien, M. Glasson, *Rev. hist. de dr. franç. et étrang.*, t. XII, p. 335.

(2) Suivant certains manuscrits, cette constitution devrait être attribuée à Constantin ; mais cette version ne nous semble pas admissible.

droits restaient en suspens. Il est vrai que l'introduction de l'usucapion *pro herede* avait apporté un correctif à cet inconvénient. Mais ce correctif était souvent pire que le mal.

Le préteur a fait mieux : il a fixé un délai dans lequel il fallait nécessairement demander la *bonorum possessio*. Si donc celui qui avait droit à la *bonorum possessio* laissait expirer ce délai sans faire sa demande, il perdait le droit d'obtenir la possession de biens.

Le délai était de *un an* pour les descendants et les ascendants ; et de *cent jours* pour tous autres successeurs. Il se composait de jours *utiles* (*dies utiles singuli considerantur*), c'est-à-dire de jours où la *bonorum possessio* aurait pu être demandée. Il ne comptait qu'à partir du moment où celui qui avait droit à la *bonorum possessio* savait qu'elle lui était dévolue (Instit., §§ 8, 10, *eod.*).

De l'accroissement et de la dévolution en matière de bonorum possessio.

Lorsque parmi les successeurs d'un même degré les uns acceptaient et les autres renonçaient, la part des renonçants accroissait à ceux qui avaient accepté (*Ejusdem gradus personis adcrescit.* Instit., § 9, *eod.*). Il y avait dévolution de possession de biens en possession de biens.

Des innovations de Justinien dans la matière des possessions de biens.

Justinien a supprimé les possessions de biens *unde decem personæ, — tum quem ex familia, — unde patronus et patrona, liberique eorum et parentes, — unde cognati manumissoris*, en un mot, toutes les possessions de biens qui avaient été organisées en vue de la succession des affranchis et dans l'intérêt des familles des patrons (Instit., §§ 4, 5, 6, *eod.*).

Il restait en tout *sept* possessions de biens, savoir :

Pour les successions *testamentaires* :

1° *Contra tabulas ;* — 2° *secundum tabulas ;*

Pour les successions *ab intestat :*

3° *Unde liberi ;* — 4° *unde legitimi ;* — 5° *unde cognati ;* — 6° *unde vir et uxor.*

Pour les successions *testamentaires* et *ab intestat*, suivant les circonstances particulières de la cause :

7° *Uti ex legibus.*

Sous Justinien la *bonorum possessio sine re* a entièrement disparu. Toute possession de biens était nécessairement *cum re.*

Justinien a introduit la dévolution de degré à degré, au moins dans l'ordre des agnats, et peut-être dans l'ordre des *liberi;* ce dernier point est d'ailleurs controversé (1).

Enfin, la possession de biens ne se demandait plus à aucun magistrat, il suffisait de manifester d'une manière quelconque, dans le délai voulu, l'acceptation qu'on en faisait. On était donc *bonorum possessor* comme on était héritier. Désormais la *bonorum possessio* se confondit avec l'hérédité (2) (Instit., § 10, *eod.*).

APPENDICE A LA MATIÈRE DES SUCCESSIONS AB INTESTAT

Successions ab intestat d'après les Novelles 118 et 127.

Quelques années après la promulgation des Institutes, Justinien par les novelles 118 et 127, rendues la première en 543 de J.-C., la seconde en 547, refondit le système des successions *ab intestat.*

Qu'est-ce que Justinien a détruit ?

Justinien a supprimé la distinction entre l'agnation et la cognation : distinction qui, après avoir été la base du système successoral de la loi des Douze Tables, était restée, malgré les modifications introduites par le droit pré-

(1) Voy. M. Accarias, *op. cit.*, t. II, n° 468, p. 436, texte et note 4.
(2) *Sic*, MM. Ortolan, t. III, n° 1122; Accarias, t. II, n° 468, p. 436 et 437; Labbé, *à son cours.* — Comp. M. Demangeat, t. II, p. 440.

torien et les constitutions impériales, le principe dominant en matière de succession.

Il a aboli l'influence qu'exerçait l'émancipation sur le droit de succession.

Il a fait disparaître la différence qui existait entre la *possession des biens* et *l'hérédité*.

Système de succession établi par ces Novelles.

Ce système avait pour base la parenté naturelle. Il établissait cinq classes d'héritiers, savoir : 1° celle des descendants ; 2° celle des ascendants, des frères et sœurs *germains* et de leurs descendants au premier degré ; 3° celle des frères et sœurs germains et de leurs enfants ; 4° celle des frères et sœurs *consanguins* ou *utérins* et de leurs descendants ; 5° celle des autres collatéraux.

1° Des descendants.

Les descendants venaient en première ligne, qu'ils fussent *sui juris* ou *alieni juris*, qu'ils descendissent *ex masculorum genere* ou bien *ex feminarum*. On ne tenait non plus aucun compte de l'émancipation ou de l'adoption.

Dans cet ordre la représentation était admise à l'infini ; les petits-enfants étaient appelés aux lieu et place de leurs parents prédécédés. Le partage s'opérait par souches (*in stirpes*) et non par têtes (*in capita*).

2° Des ascendants, des frères et sœurs germains et de leurs descendants au premier degré.

En principe les ascendants excluaient les collatéraux. Cette règle ne recevait une exception qu'en faveur des frères et sœurs *germains*, *ex utroque parente conjuncti defuncto*, et de leurs descendants au premier degré seulement.

Le de cujus n'a laissé que des ascendants. — Dans cet ordre la représentation n'était pas admise. L'ascendant le plus proche venait à l'exclusion des autres, sans qu'il y eût à distinguer entre les ascendants paternels et les ascendants maternels.

Quid au cas où il se présentait plusieurs ascendants de

différentes lignes au même degré de parenté? Alors la succession se partageait par moitié, et chaque moitié se divisait, par tête, entre les ascendants au même degré de chaque ligne.

Le de cujus a laissé à la fois des ascendants et des frères et sœurs germains. — Le partage se faisait par têtes (*secundum personarum numerum*); chacun des successibles obtenait la même part. — Il est bon de remarquer que l'ascendant sous la puissance duquel se trouvaient les frères et sœurs germains n'avait pas, lorsqu'il venait en concours avec ces derniers, l'usufruit sur la portion d'hérédité qui était attribuée à ses enfants, c'est-à-dire aux frères et sœurs du *de cujus*.

S'il y avait des enfants de frères ou sœurs, la représentation leur était accordée. Ces enfants pouvaient concourir avec d'autres frères ou sœurs survivants et avec les ascendants du *de cujus*. — Mais *quid* au cas où le *de cujus* laissait un ascendant et des neveux ou nièces, issus de frères ou sœurs germains prédécédés, sans qu'il y eût de frère ou sœur germain survivant? Les neveux pouvaient-ils venir en concours avec les ascendants? Il y avait controverse sur ce point entre les anciens interprètes du droit romain. Aujourd'hui l'affirmative est généralement enseignée dans nos Facultés (1).

2° Des frères et sœurs germains et de leurs enfants.

Les frères et sœurs germains *ex utrisque parentibus conjuncti defuncto* excluaient les frères et sœurs consanguins et utérins qui sont comme eux au premier degré du *de cujus* (2). C'est ce qu'on a appelé *privilége du double lien*. Quand le défunt n'avait laissé que des frères et sœurs germains, le partage se faisait par têtes; et s'il avait en

(1) Voy., en ce sens, MM. de Keller, *Pand.*, § 469, note 7; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. II, p. 40; Demangeat, t. II, p. 414; Van Wetter, t. II, § 324, p. 290, note 17; Labbé, *à son cours*. — *Contra*, MM. Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 416, p. 54; Namur, 2e édit., t. II, § 385, p. 158; Accarias, t. II, n° 469, p. 142.

(2) Il en est autrement en droit moderne. Voy. l'art. 752 de notre Code civil.

même temps laissé des neveux et des nièces, ces derniers étaient admis, comme nous l'avons déjà vu au paragraphe précédent, à représenter leur auteur. Dans le cas où le *de cujus* n'avait laissé que des neveux et nièces, il y avait entre eux partage par souches. C'est du moins la doctrine aujourd'hui généralement enseignée (1).

4° Des frères et sœurs consanguins ou utérins et de leurs enfants.

En l'absence de frères ou sœurs germains la succession appartenait aux frères ou sœurs consanguins ou utérins (*ex uno parente conjuncti defuncto*). Le partage avait lieu par têtes, sans distinction de l'origine des biens.

5° Des autres collatéraux.

A défaut de frères ou sœurs, de neveux ou nièces, les autres collatéraux étaient appelés à succéder toujours d'après la proximité du degré et par têtes.

Observations. — 1° Justinien n'accordait de droits successoraux qu'aux catholiques et point aux hérétiques. —2° Il n'appelait pas le conjoint à la succession de son conjoint, alors même que le *de cujus* ne laissait aucun parent.

TITRE X

De l'acquisition par adrogation

A côté des hérédités testamentaires et *ab intestat*, et des possessions de biens, le droit romain reconnaissait certains modes d'acquisition à titre universel entre-vifs. Il ne s'agit donc plus de succéder à un défunt, mais à un un homme vivant. Ce sont, d'après les expressions de M. Gide, des *successions extraordinaires* (2). Les Institutes s'occupent de ces successions dans le présent titre et dans le titre XII.

(1) Voy., en ce sens, MM. Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 446, anm 2, n° 3, Namur, t. II, § 386, p. 159 (2e édit.); Van Wetter, t. II, § 324, p. 294, texte et note 23.

(2) M. Gide, *à son cours*, 1868 à 1869.

Notions préliminaires. — Succéder, c'est prendre la place qu'occupe quelqu'un. Succéder à l'universalité des droits d'une personne vivante, voilà ce qui semble impossible; car le patrimoine de quelqu'un c'est sa personnalité même. Aussi, faut-il supposer que la personne vivante *est morte civilement*. C'est ce qui arrive dans le cas de *capitis deminutio*. La *capitis deminutio* emporte, en effet, mort civile (1). Dans la *conventio mulieris in manum mariti* (2), et dans l'adrogation, la femme et l'adrogé meurent, pour ainsi dire, dans leur ancienne personnalité civile; ils renaissent dans une autre famille avec une personnalité nouvelle. Cela pour une raison bien simple, c'est que la personnalité de l'individu s'absorbe dans la personnalité de la famille. La *manus* a disparu sous Justinien; aussi les Institutes ne nous parlent que du cas d'adrogation.

Origine de ce mode d'acquisition per universitatem. — Les Institutes nous disent que cette acquisition en masse des biens de l'adrogé par l'adrogeant (3) ne résulte ni de la loi des Douze Tables, ni de l'édit du préteur, mais de la coutume (*eo jure quod consensu receptum est, introducta est*. Instit., *pr.*, liv. III, tit. x).

Effets de l'adrogation. — Il faut se placer au double point de vue de la transmission des biens et des droits de l'adrogé, de la transmission des dettes de l'adrogé.

Transmission des biens de l'adrogé. — Cette transmission produit des effets différents suivant qu'on l'examine dans le droit antérieur à Justinien, ou dans le droit de Justinien.

Droit antérieur à Justinien. — Tous les biens de l'adrogé (*omnes res*), choses corporelles ou incorporelles, avec toutes ses créances (*quæque et debitæ sunt*) sont acquis en

(1) Voy. *suprà*, p. 86.
(2) Voy. *suprà*, p. 64 et 62.
(3) Voy. les développements donnés au chapitre *des Adoptions*, liv. I, tit. XI, p. 69 et suiv.

pleine propriété à l'adrogeant (Instit., § 1, *eod.*). Il y a cependant des exceptions. Certains droits périssent par la diminution de tête et ne passent point à l'adrogeant. Tels sont l'usufruit et l'usage (1), les obligations de services des affranchis (*operarum obligationes per jusjurandum contractæ*) (2), le *jus agnationis* et tous les avantages qui sont attachés à l'agnation (3). Enfin, les biens qui, acquis avant l'adrogation, pouvaient former un pécule *castrense*, constituent, après l'adrogation, un pécule *castrense* pour l'adrogé et ne s'absorbent pas dans le patrimoine de l'adrogeant (Instit., *ibid.*).

Droit de Justinien. — Sous Justinien, l'acquisition par adrogation est restreinte dans les mêmes limites que celle des pères naturels (Instit., § 2, *eod.*). Or, les pères naturels n'acquièrent plus la pleine propriété des choses provenant aux fils de famille, *aliunde quam ex re patris*. Ces biens restent en propre aux fils de famille. Les pères naturels n'en ont que l'usufruit (4). Par suite, l'adrogeant ne peut plus prétendre qu'à l'usufruit des biens de l'adrogé. Cependant, si l'adrogé meurt dans la famille adoptive, sans laisser de descendants ni de frères ou sœurs, la propriété elle-même (*etiam dominium*) des biens adventices passe à l'adrogeant; car l'adrogeant succède alors de la même manière que le père naturel (Instit., *ibid.*). De plus, Justinien veut que l'usage et l'usufruit ne s'éteignent plus par la petite diminution de tête. Ces droits passeront désormais à l'adrogeant, et subsisteront à son profit, même après la mort de l'adrogé (Inst., § 1, *in fine*).

Transmission des dettes de l'adrogé. — Il faut distinguer trois espèces de dettes : 1° les dettes provenant d'une

(1) Voy., *suprà*, liv. II, tit. IV, p. 148, *sur les modes d'extinction de l'usufruit*.

(2) Voy. liv. I, tit. IV, p. 28, le paragraphe relatif aux droits du patron sur la personne de l'affranchi.

(3) Voy. liv. I, tit. XVI, p. 86, le paragraphe relatif aux effets de la *capitis deminutio*.

(4) Voy. liv. II, tit. IX, p. 182 et 183.

hérédité recueillie par l'adrogé; 2° les dettes contractées par l'adrogé *nomine proprio;* 3° les dettes résultant des délits qu'il a commis.

1° *Dettes héréditaires.* — L'adrogé cesse d'être héritier; d'où il suit qu'il n'est plus tenu des dettes qui grèvent la succession. L'adrogeant devint héritier: il acquiert une universalité dans laquelle il y a de l'actif et du passif, il est donc tenu directement comme héritier (*et ipse pater adoptivus succedit, et heres fit directo tenetur jure.* Gaïus, C. III, § 84).

2° *Dettes contractées par l'adrogé proprio nomine.* — Ici les résultats sont différents suivant que l'on se place dans le droit civil, dans le droit prétorien, dans le droit de Justinien. — *En droit civil,* l'adrogation est considérée comme opérant une sorte de rénovation. Une personne juridique disparaît, il en naît une nouvelle qui n'est pas liée par les obligations de la première. L'adrogé n'est donc plus tenu (*per capitis deminutionem liberantur*) des dettes qu'il a contractées avant l'adrogation. D'un autre côté, comme les pères de famille ne sont pas responsables des obligations contractées par les individus soumis à leur puissance, l'adrogeant n'est pas tenu directement des dettes de l'adrogé. En conséquence, les dettes s'évanouissent, faute de débiteur. Il y a là un résultat inique pour les créanciers (Gaïus, C. III, § 84; C. IV, § 38). — *Dans le droit prétorien,* un tempérament est apporté à la rigueur de cette règle. Les actions qui sont éteintes *jure civili* sont accordées aux créanciers de l'adrogé *utilitatis causa,* comme si l'adrogation n'avait pas eu lieu. Le préteur opère donc une sorte de *restitutio in integrum* (1). Ces actions utiles données directement contre l'adrogé atteignent indirectement l'adrogeant. En effet, Gaïus nous dit

(1) Cette *restitutio in integrum* diffère de la *restitutio in integrum* ordinaire à un double point de vue; elle s'accorde, 1° sans examen; 2° sans limitation de temps. *Sic,* MM. Ortolan, t. III, p. 108, n° 1153; Demangeat, t. II, p. 123; Labbé, *à son cours.*

(C. III, § 84), que si l'adrogeant ne défend pas l'adrogé contre ces actions (*si adversus hanc actionem non defendantur*), c'est-à-dire ne fournit pas aux créanciers la caution *judicatum solvi*, ceux-ci obtiennent l'envoi en possession des biens qui, sans l'adrogation, appartiendraient à l'adrogé, avec faculté de les vendre pour se payer sur le prix (*universa vendere creditoribus prætor permittit*). — *Dans le droit de Justinien*, les créanciers peuvent agir contre l'adrogeant lui-même *nomine filii*. D'ailleurs, sauf cette différence, les créanciers obtiennent les mêmes résultats (Instit., § 3, *eod.*).

3° *Dettes résultant d'un délit commis par l'adrogé.* — Ces dettes, même d'après le droit civil, subsistent contre l'adrogé. *Nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus sit*, nous dit Ulpien (L. 2, § 3, D., *De cap. min.*, liv. IV, tit. v).

TITRE XI

De celui auquel les biens sont adjugés pour valider les affranchissements

Définition. — L'*addictio* est l'attribution d'un droit, faite par le magistrat à une personne; spécialement l'*addictio bonorum libertatis causa* est l'attribution faite à une personne des biens qui composent la succession d'un défunt, à la charge de conserver les affranchissements (Instit., *pr.*, liv. III, tit. xi).

Origine de l'addictio bonorum libertatis causa. — Cette attribution, qui constituait un mode d'acquisition *per universitatem*, a été introduite par un rescrit de Marc-Aurèle dans les circonstances suivantes: un certain Virginius Valens était mort, laissant un patrimoine grevé de dettes et un testament dans lequel il avait donné la liberté à plusieurs esclaves. L'héritier institué ayant refusé de faire

adition, aucun héritier *ab intestat* ne se présentait pour recueillir la succession. Dans cette situation, les biens du défunt allaient être vendus par ses créanciers. Popilius Rufus, l'un des esclaves affranchis par le testament, s'adressa à l'empereur et demanda que les biens lui fussent attribués à la charge par lui de payer les dettes et d'exécuter les affranchissements. L'empereur Marc-Aurèle fit droit à cette demande, parce qu'elle ne lésait aucun intérêt (Instit., § 1, liv. III, tit. XI).

Dans quel cas est accordée l'addictio? — A l'origine, d'après les termes mêmes du rescrit de Marc-Aurèle, l'*addictio* avait lieu dans deux cas : 1° lorsque le défunt avait laissé des affranchissements par son testament; 2° lorsqu'il n'y avait aucun héritier ou successeur *ab intestat*. Le rescrit de Marc-Aurèle a reçu plusieurs extensions. — *Du cas où les libertés ont été laissées testamento*, l'*addictio* s'est appliquée au cas où le défunt est mort sans testament (*intestatus decedens*) laissant des affranchissements par codicilles. Enfin elle a été étendue aux affranchissements que le défunt avait faits *entre-vifs* ou par *donations à cause de mort*, afin d'empêcher qu'ils ne fussent déclarés nuls, comme faits en fraude des créanciers (Instit., §§ 3, 6, liv. III, tit. XI).— *Du cas où il n'existait aucun héritier ou successeur ab intestat*, l'*addictio* a été étendue au cas où le défunt a laissé un *heres suus* qui s'abstenait (Instit., § 4, *eod.*).

Dans quel but est accordée l'addictio? — Dans un double but, savoir : 1° de favoriser les affranchissements; 2° d'éviter un affront à la mémoire du défunt en empêchant la vente en masse des biens sous son nom (Instit., *pr.* et § 2, liv. III, tit. XI).

Dans quel délai doit être demandée l'addictio? — L'*addictio* pouvait être obtenue tant que les biens du défunt n'avaient pas été saisis ni vendus par les créanciers.

Mais que décider au cas où l'*addictio* n'était demandée

qu'après la vente des biens (*semel rebus venditis*)? La difficulté était qu'il fallait, si on accordait l'*addictio*, résoudre la vente. La question était très-controversée dans l'ancien droit. Justinien fit cesser tous les doutes en décidant, dans une constitution au Code, que l'*addictio* serait accordée par le magistrat toutes les fois qu'il ne se serait pas écoulé un an depuis la vente(*vel ante venditionem rerum vel post venditionem, intra annale tamen tempus*. L. 15, *pr.*, C., *De testam. manum.*, liv. VII, tit. II).

A qui est accordée l'addictio? — Le rescrit de Marc-Aurèle ne parlait que du cas où c'était un esclave affranchi dans le testament qui demandait à être mis aux lieu et place de l'héritier institué. Suivant toutes les probabilités, telle a été la première application du rescrit (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XI). — Mais bientôt on a étendu le même bénéfice à un étranger (*extraneus*) qui demandait que l'*addictio* lui fût accordée (L. 6, C., *De testam. manum.*, liv. VII, tit. II). Il est bon de remarquer que, lorsque plusieurs personnes réclamaient le profit de l'*addictio*, il fallait distinguer suivant que leur demande était simultanée (*uno momento*) ou successive (*per intervalla*). Dans le *premier cas*, l'*addictio* était prononcée en faveur de tous les demandeurs; dans le *second cas*, la priorité de la demande établissait un ordre de préférence entre les divers postulants (L. 15, § 4, C., *eod.*).

A quelles conditions? — A l'origine et d'après les termes mêmes du rescrit de Marc-Aurèle, l'*addictio* n'était accordée que sous les conditions suivantes: — 1° de donner aux créanciers bonne caution pour le payement intégral de ce qui était dû à chacun (*si idonee creditoribus caveris de solido quod cuique debetur solvendo*. Inst., § 1, *eod.*); — 2° de conserver indistinctement tous les affranchissements (*omnes libertates indistincte celebrentur*. L. 15, § 5, C., *eod.*). Justinien a étendu l'application du rescrit, En effet, il décide dans une constitution au Code que l'*addictio* pourra être obtenue par une personne qui offre aux

créanciers *non pas un paiement intégral,* mais un paiement *partiel,* un dividende; il faut toutefois que les créanciers y consentent (L. 15, § 1, C., *eod.*). De même, il ajoute que l'*addictio* devra être prononcée en faveur de celui qui ne s'engage à donner la liberté qu'à quelques-uns des esclaves affranchis par le défunt (L. 15, § 3, C., *eod.*).

Des effets de l'addictio.—Les effets de l'*addictio* doivent être examinés à quatre points de vue, relativement au défunt, relativement aux créanciers du défunt, relativement aux affranchis, relativement à celui qui obtenait l'*addictio.* —1° *Relativement au défunt,* l'*addictio,* prononcée par le magistrat, empêche, comme nous l'avons vu, que les biens ne soient vendus par les créanciers sous le nom du défunt, et évite à sa mémoire l'infamie. En effet l'adjudicataire (*defensor idoneus,* Instit., § 2, *eod.*) doit répondre à la demande des créanciers comme y répondrait le débiteur lui-même ou ses héritiers.—2° *Relativement aux créanciers,* l'*addictio* leur assure le paiement intégral de leurs créances, ou bien un dividende plus élevé que le dividende qu'ils auraient obtenu dans la *venditio bonorum* (1). —3° *Relativement aux affranchis,* l'*addictio* a pour effet de mettre l'adjudicataire aux lieu et place de l'héritier institué. Par conséquent, les esclaves que l'héritier institué est chargé d'affranchir reçoivent de l'adjudicataire la liberté, et n'ont pas d'autre patron que ce dernier. Quant aux esclaves que le testateur avait affranchis *directement* (*quibus directa libertas data est*), ils deviennent libres, comme si l'hérédité avait été acceptée par l'institué (*perinde ac si hereditas adita esset*); ils sont donc des *liberti orcini* sur lesquels l'adjudicataire n'a aucun droit de patronage. Toutefois celui qui sollicite l'*addictio* peut mettre pour condition à sa demande que tous les esclaves à qui le défunt a *directement* légué la liberté deviendront ses

(1) Voy. *infrà,* p. 348 et s.

affranchis, et comme tels seront soumis à ses droits de patronage : il faut seulement que les esclaves dont l'état est en question y consentent (*si ii, quorum de statu agitur, consentiant.* Instit., § 1, *eod.*).—4° *Relativement à celui au profit de qui l'addictio est prononcée*, l'*addictio* le met dans une situation analogue à celle d'un *bonorum possessor*. L'adjudicataire actionne les débiteurs du *de cujus*, et il est actionné par eux non pas civilement, mais *utilement*.

Influence de la restitutio in integrum sur l'addictio. — Si l'héritier *ab intestat* qui s'est d'abord abstenu, ou qui a renoncé, se fait ensuite restituer *in integrum* contre son abstention ou sa renonciation *post addictionem libertatum servandarum causa factam*, il obtiendra l'hérédité entière. Cependant, comme il est de principe chez les Romains que la liberté une fois donnée ne peut plus être révoquée, la *restitutio in integrum* restera sans effet à l'égard des affranchissements déjà opérés (*Utique non erit dicendum revocare libertates quia semel competierunt.* Instit., § 5, *eod.*).

TITRE XII

Des successions supprimées qui avaient lieu par la vente des biens, et en vertu du sénatus-consulte Claudien

De la vente des biens.

Définition.— La *venditio bonorum* est la vente en masse des biens d'un débiteur faite par ses créanciers.

Origine de la bonorum venditio. — Elle est d'origine prétorienne (Gaïus, C. IV, § 35). C'est Publius Rutilius, préteur, qui a organisé la *bonorum venditio* d'après un système d'exécution forcée sur les biens qui existait déjà en droit civil (*jure civili*) et qu'on appelait *bonorum sectio* (1).

(1) Suivant M. Accarias, t. II, n° 481, p. 169, texte et note 2, la *bonorum sectio* pouvait encore avoir pour objet des choses *individuellement déterminées*, comme le butin pris sur l'ennemi.

L'Etat (le trésor public) faisait la *sectio bonorum*, c'est-à-dire la vente en masse des biens d'un débiteur, lorsque ce débiteur ne voulait pas acquitter volontairement sa dette (Tite-Live, *Ann.*, liv. XXXVIII, n° 60).

FORMALITÉS QUI PRÉCÈDENT L'ADJUDICATION

Ces formalités peuvent être réduites à *cinq* principales, l'envoi en possession des biens du débiteur, la nomination d'un ou de plusieurs curateurs, l'apposition des affiches annonçant la vente, la nomination d'un magister (syndic), la rédaction des conditions de la vente.

I. Envoi en possession des biens du débiteur.

Dans quels cas y a-t-il lieu à l'envoi en possession? — Il faut distinguer suivant que l'envoi en possession est poursuivi contre une personne *vivante*, ou bien contre une personne *morte*.—*Le débiteur est vivant*, l'envoi en possession a lieu : 1° lorsque le débiteur se cache dans le but de se soustraire aux poursuites de ses créanciers (*fraudationis causa latitat*); 2° lorsqu'il est absent et que personne ne se présente pour prendre son fait et cause (*nec absens defenditur*); 3° lorsqu'il a fait cession de ses biens à ses créanciers en vertu de la loi *Julia* (*ex lege Julia bonis cedit*); 4° lorsqu'après avoir été condamné par le juge, il a laissé passer les délais légaux sans exécuter la condamnation (Gaïus, C. III, § 78).—*Le débiteur est mort*, l'envoi en possession a lieu lorsqu'il est certain que le défunt n'a ni héritier testamentaire, ni héritier *ab intestat*, ni successeur prétorien.

Forme de l'envoi en possession. — Les créanciers, réunis en assemblée, s'adressent au préteur qui, par un *décret*, rendu *cognita causa*, les autorise à se mettre en possession des biens du débiteur.

Effet de l'envoi en possession.— Cet envoi en possession opère un dessaisissement complet à l'égard du débiteur

qui n'a plus l'administration de ses biens. Les créanciers acquièrent la garde des biens. C'est une sorte de gage (*pignus prætorium*) (L. 1, D., *Quib. ex caus.*, liv. XLII, tit. IV).

Durée de l'envoi en possession.—La durée est plus longue lorsque le débiteur est *vivant* que lorsqu'il est *mort : dans le premier cas*, elle est de trente jours ; *dans le second*, de quinze jours seulement (Gaïus, C. III, § 79).

II. Nomination d'un ou de plusieurs curateurs.

Comment a lieu cette nomination ? — C'est le magistrat qui nomme le curateur sur la présentation et avec l'assentiment des créanciers (L. 14, *pr.*, L. 15, *pr.*, D., *De reb. auctor. jud. poss.*, liv. XLII, tit. V).

Fonctions du curateur. — Le curateur est chargé d'administrer les biens, d'exercer les actions qui appartiennent au débiteur, en un mot de faire des actes conservatoires.

III. Affiches annonçant la vente.

Quel nom portent ces affiches ? — Elles se nomment *proscriptio, proscriptiones.*

Quand doivent être apposées ces affiches ? — Il n'y a rien de déterminé à cet égard. Il suffit de savoir que l'ordre d'apposer les affiches se trouve compris dans le décret qui envoie les créanciers en possession.

Quelle est la teneur ordinaire de ces affiches ? — D'après Théophile elles sont ainsi conçues : « X..., notre débiteur, est tombé en déconfiture ; nous, ses créanciers, nous poursuivons la vente de son patrimoine : que quiconque veut acheter se présente. »

Quel est le but de ces appositions d'affiches ? — C'est de faire élever le prix des enchères en y appelant un plus grand nombre d'acquéreurs.

IV. Nomination d'un magister (syndic).

Comment a lieu cette nomination ? — Après le délai de 30 jours ou de 15 jours, qui est employé à annoncer la vente des biens, le préteur *par un nouveau décret* convo-

que les créanciers à l'effet d'élire un *magister* (syndic) (Gaïus, C. III, § 79).

Fonctions du magister. — Le *magister* est uniquement chargé des opérations de la vente (1) (Gaïus, *ibid.*).

V. Rédaction des conditions de la vente.

Quel nom porte cet acte? — Ce que nous appelons *cahier des charges* se nomme chez les Romains *lex bonorum vendendorum.*

Par qui est rédigée la lex bonorum vendendorum? — Les conditions de la vente sont proposées par le *magister* dans une assemblée générale des créanciers convoqués à cet effet *par un nouveau décret* du préteu

Quelle est la teneur ordinaire de cette lex?—Elle nous est donnée par Théophile : « L'acquéreur devra répondre à cha- « que créancier, par exemple, de la moitié de sa créance; « de façon que celui à qui il est dû cent solides en reçoive « 50, et celui à qui il est dû deux cents, en reçoive cent. »

Quelles indications sont contenues dans la lex? — La *lex bonorum vendendorum* contient une énumération des biens et un état des dettes du débiteur.

L'ADJUDICATION.

L'adjudication n'a lieu que *trente* jours après la nomination du *magister* (syndic), s'il s'agit des biens d'un débiteur vivant, et, après *vingt* jours, s'il s'agit des biens d'un défunt (Gaïus, C. III, § 79).

Comment se fait l'adjudication? — Elle se fait, suivant toutes les probabilités, aux enchères publiques, à jour et à heure fixés à l'avance (2).

A quel prix? —Le prix offert est un tant pour cent des

(1) Voy., dans le sens de cette distinction entre le *magister* chargé uniquement de la vente, et le *curator* chargé de l'administration, MM. Ortolan, t. III, p. 445, n° 1465; Demangeat, t. II, p. 437; Maynz, t. II, § 383, p. 570, texte et note 54; Tambour, *Des voies d'exécution*, t. I, p. 487; Accarias, t. II, n° 483, p. 472, texte et note 1.

(2) Cependant aucun texte, à notre connaissance du moins, ne prohibe formellement la vente à l'amiable. V. en ce sens, M. Accarias, t. II, n° 483, p. 473, texte et note 3.

dettes. Celui qui offre le dividende le plus élevé reste adjudicataire.

Effets de la bonorum venditio. — Les effets doivent être considérés à l'égard de l'acheteur, à l'égard du débiteur : — *A l'égard de l'acheteur*, l'acheteur de l'universalité des biens du débiteur est un successeur prétorien, une sorte de *bonorum possessor*. Aussi il actionne et il est actionné, non pas *civilement*, mais *utilement* (*utilitatis causa*) (Gaïus, C. III, §§ 80, 81). D'ailleurs, il n'acquiert sur les choses dont il s'est rendu adjudicataire que le domaine bonitaire (*in bonis*), et non le domaine quiritaire ; toutefois il peut arriver au domaine quiritaire par l'usucapion (*ex jure Quiritium ita demum acquiruntur si usuceperunt*) (Gaïus, C. II, § 154). — *A l'égard du débiteur* la vente des biens en masse produit l'infamie. Or l'infamie entraîne certaines incapacités de droit privé et des déchéances politiques (1).

Législation de Justinien. — Sous Justinien, cette vente en masse tombe en désuétude avec la procédure ordinaire (*cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt*). Elle est remplacée par la *distractio bonorum* (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XII).

Différences entre la venditio et la distractio bonorum. — 1° *Dans la venditio*, la vente avait lieu en masse, et l'acquéreur devenait *successor in universum jus* du débiteur. *Dans la distractio*, la vente a lieu en détail, pièce à pièce, l'acheteur ne succède aux droits du débiteur que relativement à un bien déterminé. — 2° *Dans la venditio*, le prix consiste en un dividende que l'acheteur s'engage à payer aux créanciers. *Dans la distractio*, c'est la valeur même de chaque bien qui est due. — 3° *Dans la venditio*, l'infamie frappe le débiteur insolvable. *Dans la distractio*, il n'y a pas d'infamie.

(1) C'est un point controversé de savoir si le débiteur était ou non libéré par la *venditio bonorum* pour la portion de ses dettes que la vente n'avait pu éteindre (Gaïus, C. II, § 155 ; L. 25, D., *De reb. auct. jud. poss.*, liv. XLII, tit. V ; L. 25, § 7, D., *Quæ in fraud. credit.*, liv. XLII, tit. VIII).

Du sénatus-consulte Claudien.

Une autre acquisition par universalité résultait du sénatus-consulte Claudien. Elle avait lieu lorsqu'une femme libre, s'abandonnant à la fureur de sa passion pour un esclave (*servili amore bacchata*), persistait à cohabiter avec lui malgré les avertissements du maître de cet esclave. Cette femme, après trois dénonciations du *dominus servi*, devenait esclave du même maître en vertu d'un décret du magistrat (*efficitur ancilla*). Il suivait de là que les biens de la femme étaient acquis à celui sous la puissance duquel elle tombait (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XII).

Que faut-il décider à l'égard d'une affranchie? — Deux hypothèses doivent être soigneusement distinguées : — *Première hypothèse,* l'affranchie entretient des relations avec un *servus alienus* à l'insu de son patron, elle ne devient pas l'esclave du *dominus servi,* mais elle retombe dans l'esclavage de son patron. — *Deuxième hypothèse,* l'affranchie entretient des relations suivies avec un *servus alienus* à la connaissance de son patron (*sciente patrono*), elle devient alors l'esclave du *dominus servi.*

Que faut-il décider, lorsque le commerce entre une femme libre et un esclave a lieu avec l'assentiment du maître *de cet esclave?* — Il faut examiner les conséquences de ce commerce relativement à la femme, relativement aux enfants qui naissent de cette union. — 1° *Relativement à la femme,* la femme ne devient pas esclave; elle est réputée affranchie. Le *dominus servi* acquiert donc sur elle tous les droits de patronage. — 2° *Relativement aux enfants,* les enfants sont libres ou esclaves, suivant les arrangements intervenus entre la femme et le maître. Tel est le droit avant Adrien. Cet empereur ordonne que désormais les enfants, quels que soient les arrangements pris entre la femme et le maître, naissent libres (*liberum pariat*).

Justinien a abrogé le sénatus-consulte Claudien qu'il

déclare indigne de son temps (*indignum nostris temporibus*), et par voie de conséquence l'acquisition universelle qui en résultait, acquisition qu'il qualifie de misérable (*miserabilis per universitatem acquisitio*. Instit., § 1, liv. III, tit. XII).

TITRE XIII

Des obligations

Définition. — L'obligation (de *ligare*, lier) est un rapport juridique entre deux personnes, dont l'une peut exiger de l'autre un avantage, un service. (*Obligatio est vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura*) (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XIII).

La personne qui, dans le rapport d'obligation, a le droit d'exiger quelque chose, se nomme *creditor*. La personne qui est dans la nécessité de rendre un service se nomme *debitor*.

Une expression commune sert à désigner le créancier aussi bien que le débiteur, c'est le mot *reus*. On dit encore *reus credendi* pour le créancier, et *reus debendi* pour le débiteur.

Envisagé au point de vue actif, dans la personne de celui qui peut exiger quelque chose, le rapport se désigne par le mot *créance* (*creditum*) ; ou bien encore par l'expression de *nomen* qui, par l'effet d'une généralisation, a été étendue du cas spécial où l'inscription du nom était employée pour faire naître l'obligation, à tous les autres cas où un rapport juridique se formait entre deux personnes. Enfin on trouve exceptionnellement pour désigner la créance le mot *obligatio* (Instit., liv. III, tit. XXVIII).

Envisagé au point de vue passif, dans la personne de celui qui en est tenu, le rapport se nomme le plus sou-

vent *obligatio;* dans le droit primitif il se nommait *nexum* (de *nectere*, nouer). On trouve encore le mot *debitum* qui signifie ce qui est dû, dette. Quelquefois on se sert de l'expression *æs alienum*, ce qui veut dire avoir entre ses mains l'argent d'autrui, et dans un sens plus large être tenu d'une obligation.

De l'objet de l'obligation. — L'objet de l'obligation est toujours une *action*. L'action aboutit, en définitive, à une chose qu'il s'agit de fournir (*alicujus solvendæ rei*). Cette chose qu'il s'agit de fournir, peut être de différentes natures. Elle consiste, suivant les expressions du jurisconsulte Paul, *ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum* (L. 3, *pr.*, D., *De oblig. et act.*, liv. XLIV, tit. VII). — 1° On est tenu *ad dandum*, lorsqu'on est obligé de transférer la propriété ou un démembrement de la propriété. Ainsi, dans la vente, l'acheteur doit *dare*, c'est-à-dire transférer au vendeur la propriété des écus qui constituent le prix. — 2° On est tenu *ad faciendum*, lorsqu'on s'est engagé à exécuter un fait, ou à garder une abstention. Ainsi, le mandataire, le gérant d'affaires sont tenus *ad faciendum*. — 3° On est tenu *ad præstandum*, lorsqu'on s'est obligé à procurer ou à assurer la possession ou la jouissance d'une chose. Ainsi dans la vente le vendeur doit *præstare rem*, il n'est pas, en effet, obligé de transférer la propriété de la chose. De même, dans le cas du louage, le bailleur est tenu *ad præstandum*. — Comme le fait remarquer fort judicieusement M. Ortolan (*Explic. hist. des Instit.*, t. III, n° 1179, p. 130), l'obligation ne produit aucun droit direct du créancier à la chose, aucun droit réel qui permette à celui-ci de disposer ou tirer profit en aucune manière de la chose, mais seulement un droit contre le débiteur, pour le contraindre à fournir la chose.

Des différentes espèces d'obligations.

1° *Des obligations civiles et des obligations prétoriennes ou honoraires.*—Les obligations *civiles* sont celles qui ont été munies d'une action par le droit civil, c'est-à-dire par les

lois, les sénatus-consultes, l'usage, ou la doctrine des Prudents. — Les obligations *prétoriennes*, qu'on appelle aussi *honoraires*, sont celles qui ont été établies et sanctionnées par le droit prétorien; par exemple, l'obligation qui dérive du pacte de constitut (*Omnium obligationum summa divisio in duo genera deducitur : namque aut civiles sunt aut prætoriæ. Civiles sunt quæ aut legibus constitutæ aut certe jure civili comprobatæ sunt; prætoriæ sunt quas prætor ex sua jurisdictione constituit, quæ etiam honorariæ vocantur*. Instit., § 1, liv. III, tit. XIII).

2° *Des obligations proprement dites et des obligations naturelles.* — L'obligation proprement dite comprend l'obligation civile et l'obligation prétorienne, toutes deux munies d'action. — L'obligation naturelle produit certains effets, mais n'engendre jamais une action au profit du créancier.

Quelle est l'utilité de l'obligation naturelle? — *Première utilité :* lorsqu'un débiteur qui n'était tenu que *jure naturali*, s'exécutait, ce paiement, n'eût-il été fait que par erreur, était valable. Il n'y avait pas lieu à la *condictio indebiti* (L. 19, *pr.*, D., *De condict. indeb.*, liv. XII, tit. VI). Ce refus de la *condictio indebiti* peut même, comme le dit M. Machelard, être considéré comme *la pierre de touche* de l'obligation naturelle (1). — *Deuxième utilité :* on peut faire valoir l'obligation naturelle par le moyen des exceptions (*parit exceptionem*), si l'occasion s'en présente; aussi, on peut la faire entrer en compensation (L. 6, D., *De compensat.*, liv. XVI, tit. II). Ce sera là, d'ailleurs, l'effet le plus énergique de l'obligation naturelle, puisqu'il soumettra le débiteur naturel à un paiement contre son gré (L. 5, § 2, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III). — *Troisième utilité :* l'obligation naturelle peut servir de base

(1) *Tr. des obligations naturelles en dr. romain*, introd., p. 19. — Voy. encore, sur les effets des obligations naturelles. M. Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. II, § 278, p. 404.

aux diverses garanties accessoires qui peuvent accompagner une obligation, telles que l'hypothèque, la fidéjussion (Instit., § 1, liv. III, tit. xx), le constitut (L. 1, § 7, D., *De pec. const.*, liv. XIII, tit. v); elle peut également faire l'objet d'une novation (L. 1, § 1, D., *De novat.*, liv. XLVI, tit. II). — *Quatrième utilité :* quand il y a obligation naturelle, la reconnaissance de la dette s'apprécie au point de vue d'un règlement entre créancier et débiteur, de manière à écarter l'application des règles propres aux donations (L. 19, § 4, D., *De donat.*, liv. XXXIX, tit. v).

3° *Des obligations principales et des obligations accessoires.* — L'obligation principale est celle qui existe par elle-même. L'obligation accessoire est celle qui fortifie, qui corrobore une obligation principale. Ainsi je promets un bœuf avec une clause pénale de dix écus d'or. Ma promesse constitue une obligation principale; la clause pénale constitue une obligation accessoire.

4° *Des obligations pures et simples et des obligations avec modalités.* — L'obligation pure et simple est celle dont l'accomplissement peut être exigé dès qu'elle existe. — L'obligation avec modalités est celle dont les effets subissent, par la volonté des parties, diverses modifications.

Les principales modalités qui peuvent affecter une obligation sont le terme, la condition, la clause pénale.

Du terme. — Le terme est un événement qui doit certainement arriver, et jusqu'à l'arrivée duquel l'exercice du droit est suspendu, ou à l'arrivée duquel l'exercice du droit doit cesser. Ainsi le terme affecte l'exercice du droit et non pas son existence. Le droit existe à l'instant même où la cause civile d'obligation s'est réalisée, mais l'exigibilité en est différée jusqu'à une certaine époque (1).

De la condition. — La condition est un événement futur

(1) Telle est du moins l'opinion généralement admise en France. V. toutefois, M. Goudsmit, *Cours des pandect.*, traduit du néerlandais par M. Wuylsteke, § 63, p. 166, note 3. — V. *infrà*, tit. XIX, p. 415.

et incertain auquel la volonté des parties subordonne la formation ou l'extinction d'un rapport de droit.

Un événement *futur*. — Donc un événement passé ou actuellement arrivé ne peut pas, quoique inconnu des parties, servir de condition.

Un événement *incertain*. — L'événement incertain ne se confond pas avec un événement futur. Sans doute tout événement *incertain* est nécessairement futur, mais la réciproque n'est pas vraie. Un événement peut être *certain* quoique *futur;* telle est, par exemple, la mort d'une personne actuellement vivante.

A la différence du terme, la condition affecte l'existence du droit lui-même, et non pas seulement l'exercice du droit.

Des différentes espèces de conditions. — On distingue :

1° Des conditions *suspensives* et *résolutoires*. La condition suspensive subordonne l'existence même de l'obligation à l'accomplissement d'un événement; la condition résolutoire y subordonne l'extinction, la résiliation de l'obligation établie. — En réalité, toute condition est nécessairement *suspensive* puisqu'elle tient en suspens soit la naissance, soit la résiliation des effets de l'acte.

2° Des conditions *affirmatives* ou *négatives*, suivant que l'effet de l'acte est subordonné à l'accomplissement ou au non-accomplissement d'un événement;

3° Des conditions *potestatives*, *casuelles* et *mixtes*. La condition potestative est celle dont l'accomplissement dépend entièrement de la volonté de celui qui est conditionnellement appelé à acquérir un droit (1); la condition casuelle est celle qui ne dépend de sa volonté en aucune manière; enfin la condition mixte est celle qui dépend en partie de sa volonté et en partie de circonstances extérieures.

4° Des conditions *impossibles*, *illicites*, *contraires aux loi et aux bonnes mœurs* (2).

De la clause pénale. — Il y a clause pénale, lorsque,

(1) Comp. C. civ., art. 1170.
(2) V. *infrà*, tit. XIX, p. 413 et suiv.

pour assurer l'exécution d'une obligation, le débiteur s'engage au paiement d'une certaine somme pour le cas où il n'accomplirait pas cette obligation, ou ne l'accomplirait que d'une manière incomplète. Exemple : je vous promets d'aller à Carthage, et, si je n'y vais pas, je m'engage à vous payer mille écus.

L'obligation avec clause pénale est une espèce d'obligation conditionnelle, mais d'une nature particulière.

L'utilité de la clause pénale se présente à plusieurs points de vue : — 1° Si le débiteur n'a pas exécuté son obligation au terme convenu, le créancier n'a pas besoin de le mettre en demeure : la clause pénale est encourue immédiatement et de plein droit (L. 115, § 2, D., *De verbor. oblig.*, liv. XLV, tit. I). — 2° Toutes les fois que l'obligation principale est une obligation de faire ou de ne pas faire, qui se résout, au cas où le débiteur refuse de l'accomplir, en une condamnation pécuniaire, dont le montant est réglé par le juge d'après l'intérêt du demandeur, il est bon d'ajouter une clause pénale. Cette clause pénale dispense le demandeur de venir justifier devant le juge du préjudice qu'il éprouve. Le juge n'a pas d'appréciation à faire; il doit être alloué au demandeur non pas *id quod interest*, mais la somme déterminée qui forme l'objet de la clause pénale (Instit., § 7, liv. III, tit. XV).

Dans certains cas particuliers, la clause pénale peut offrir un intérêt considérable au créancier. La clause pénale peut procurer au créancier une action contre le débiteur alors que, sans cette adjonction, il n'aurait eu aucun moyen de forcer le débiteur à exécuter son obligation. Ainsi, quand l'obligation principale est inefficace à cause du défaut d'intérêt en la personne du créancier, ce vice peut être purgé par une clause pénale. Le créancier qui a stipulé une peine a désormais un intérêt à l'exécution de l'obligation, et cet intérêt est égal au montant de la somme qui forme l'objet de la clause pénale.— Exemple : Je vous vends un esclave sous la condition que vous ne le maltraiterez pas. Vous le maltraitez. Je ne puis

pas agir contre vous; car je n'ai pas d'intérêt juridique. Mais si j'ai pris soin de stipuler par une clause pénale accessoire que si vous le maltraitez vous me devrez cent sous d'or, j'ai désormais un intérêt déterminé d'avance, je pourrai agir contre vous. — De même, je ne puis pas stipuler de vous que vous donnerez telle chose à Titius. Cet acte est nul et ne produit pas d'action (*si quis stipuletur Titio dari, nihil agit*). Mais si j'ajoute la clause pénale suivante : Et faute de le faire, promettez-vous de me donner cent sous d'or (*nisi dederis tot aureos dare spondes*), j'ai un intérêt, et par conséquent une action (Instit., § 19, liv. III, tit. XIX). — De même, celui qui promet le fait d'autrui n'est pas obligé, à moins qu'il ne se soit soumis lui-même à une peine (*Qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit*. Instit., § 21, *eod.*).

De la cause des obligations.

Les obligations découlent soit des contrats, soit des délits, soit d'une multitude de causes diverses (*obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris*, L. 1, D., *De obligat. et action.*, liv. XLIV, tit. VII). Que signifient ces mots *proprio quodam jure ex variis causarum figuris?* Ces mots veulent dire qu'à côté des contrats et des délits, le droit civil avait placé certains faits générateurs d'obligations qui présentaient quelque analogie, soit avec les contrats, soit avec les délits. Quand le fait générateur avait du rapport avec un contrat, on disait que l'obligation naissait comme d'un contrat (*quasi ex contractu*); quand ce fait ressemblait à un délit, on disait que l'obligation naissait comme d'un délit (*quasi ex delicto, seu maleficio*) (Instit., § 2, liv. III, tit. XIII).

Qu'est-ce qu'un contrat? — Le contrat est une convention entre deux ou plusieurs personnes, à laquelle le droit civil ou prétorien a donné le pouvoir de produire une obligation sanctionnée par une action.

Qu'est-ce qu'un délit? — Le délit est un fait vo-

lontaire, illicite, prévu et réprimé par le droit civil.

De la division des Institutes relativement à la matière des obligations. — Les contrats comprennent dans les Institutes les titres XIV à XXVI inclusivement, ainsi que les titres XXVIII et XXIX. — Les *quasi*-contrats ou mieux les obligations qui naissent *quasi ex contractu* sont traités spécialement au titre XXVII. — Les délits trouvent leur place dans les quatre premiers titres du livre IV. — Enfin, les *quasi*-délits ou mieux les obligations qui naissent *quasi ex delicto* sont traités au titre V du livre IV.

Des contrats.

Si l'on s'arrête au fait juridique, générateur de l'action, on divise les contrats en réels (*re*), verbaux (*verbis*), littéraux (*litteris*), et consensuels (*consensu*). Tel est le point de vue adopté par Justinien dans ses Institutes (§ 2, *eod.*).

Si l'on apprécie les contrats d'après la nature des actions qui en résultent, on les divise en contrats *de bonne foi* et en contrats *de droit strict*. Dans les premiers l'étendue de l'obligation de chaque partie est réglée d'après l'équité et la bonne foi (*ex æquo et bono*); dans les seconds, l'étendue de l'obligation est invariablement fixée par la lettre même de la convention. — Sont de bonne foi, tous les contrats consensuels sans exception; les contrats réels autres que le *mutuum* ou prêt de consommation. — Sont de droit strict (*stricti juris*) les contrats verbaux et littéraux, et parmi les contrats réels le *mutuum*.

TITRE XIV

Des obligations qui se contractent par la remise d'une chose

Quatre contrats se forment par la remise d'une chose (*re*). Ce sont : — 1° le *mutuum* ou prêt de consommation; — 2° le *commodat* ou prêt à usage (*commodatum*); — 3° le dépôt (*depositum*); — 4° le gage (*pignus*).

MUTUUM

Définition. — Le *mutuum* est un contrat dans lequel l'un

des contractants transfère en propriété à l'autre des choses considérées *in genere*, que celui-ci s'oblige à lui rendre au bout d'un certain temps, en mêmes qualité et quantité. C'est de cette translation de propriété que les jurisconsultes romains tiraient l'étymologie du mot *mutuum* : *unde etiam mutuum appellatum est, quia quod a me tibi datum est, ex meo tuum fiat* (Gaïus, C. III, § 90 ; Instit., *pr.*, liv. III, tit. XIV).

On nomme les deux contractants, l'un prêteur (*tradens*), l'autre emprunteur (*accipiens*).

Du *mutuum* naît une action de droit strict appelée *condictio certi ex mutuo*, donnée au prêteur pour réclamer de l'emprunteur le montant de son obligation.

Le *mutuum* rentre éminemment dans l'idée de *credere* ; il implique confiance dans autrui. En effet, il est traité, dans le Digeste, du *mutuum* sous cette rubrique : *De rebus creditis* (liv. XII, tit. I). Ces mots ont toutefois un sens plus large que le mot *mutuum*.

Le *mutuum* comprend : — 1° une aliénation faite par le prêteur et une obligation contractée par l'emprunteur ; — 2° une obligation de rendre non pas les mêmes choses que l'on a reçues, mais des choses de même nature et de même valeur (*ejusdem naturæ et qualitatis*).

I. DE L'ALIÉNATION.

Conditions de capacité chez le prêteur.

Puisque le contrat de *mutuum* exige une aliénation, il faut : — 1° que le prêteur soit propriétaire des choses qu'il prête (L. 2, § 4, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. I). Exemple : Sempronius a volé un sac d'argent, et il le prête à Séius ; il n'y a pas de *mutuum* ; car il n'y a pas d'aliénation. Séius n'est pas devenu propriétaire du sac d'argent ; — 2° que le prêteur soit, en outre, capable d'aliéner. Exemple : un pupille, non autorisé par son tuteur, prête de l'argent ; ce pupille ne deviendra pas créancier, parce que la créance n'est que le fruit de l'aliénation, et que le pupille est incapable d'aliéner. Il résulte que le

pupille pourra, comme propriétaire de l'argent qu'il a prêté, exercer l'action en revendication (Gaïus, C. II, §§ 80-82; Instit., § 2, liv. II, tit. VIII).

Différences entre l'action en revendication et la condictio certi ex mutuo.

Il y a entre ces actions des différences nombreuses. —*Première différence :* supposons que les deniers prêtés par le pupille périssent, le droit du pupille périt avec les deniers, l'action en revendication s'éteint. Au contraire, si le pupille avait acquis la *condictio certi ex mutuo*, il aurait pu, en cas de perte, agir contre l'emprunteur, et se faire restituer les deniers prêtés. — *Deuxième différence :* le droit du pupille est attaché aux deniers; si donc l'emprunteur les aliène, le pupille pourra par l'action en revendication les suivre entre les mains de tout détenteur. Au contraire, par la *condictio certi ex mutuo*, le pupille ne pourrait pas suivre les deniers que l'emprunteur aurait aliénés; si donc l'emprunteur était insolvable, le pupille perdrait ses droits. — *Troisième différence :* si l'emprunteur fait faillite, et que des créanciers se présentent, le pupille, par l'action en revendication, pourra reprendre ses deniers. Au contraire, par la *condictio certi ex mutuo*, le pupille ne pourrait, en cas de faillite de l'emprunteur, prétendre qu'à un dividende, il serait donc obligé de subir la réduction au marc le franc. *Objection :* c'est là, dit-on, une revendication très-précaire, puisqu'elle n'est plus possible dès l'instant que l'emprunteur a employé les deniers, de façon qu'ils ne puissent plus être reconnus. On répond que, bien qu'il n'y ait pas de *mutuum*, l'emprunteur n'en est pas moins obligé du moment qu'une valeur a passé du patrimoine du pupille dans le patrimoine de l'emprunteur, sans qu'il y ait eu une juste cause d'enrichissement. Dans ce cas, l'emprunteur est tenu *quasi ex contractu*. L'intérêt de cette distinction est considérable. En effet, si l'emprunteur était obligé en vertu d'un *mutuum*, il aurait un délai pour le remboursement; au contraire, s'il est tenu *quasi ex contractu*, il peut être contraint de

d'une façon plus simple par la tradition. En effet, il s'agit l'aliéner des choses *nec mancipi*, en général, de l'argent; t la tradition suffit pour ces sortes d'aliénation. Or, la tradition ne s'opère pas uniquement dans le cas où la chose prêtée passe, sans intermédiaire, de la main du prêteur dans celle de l'emprunteur ; elle a encore lieu dans les hypothèses suivantes : — *Première hypothèse*. Je vous confie une somme d'argent. C'est un dépôt. Plus tard, je vous prête cette somme d'argent, je convertis le dépôt en *mutuum*. Il y a ici une tradition tout aussi effective que si les deniers avaient passé de mes mains dans les vôtres. C'est une dation véritable (L. 9, § 9, *De reb. cred.*, liv. XII, tit. 1). — *Deuxième hypothèse*. Titius vous a chargé de gérer ses affaires à Rome, et vous faites des recouvrements à son compte. Vous lui écrivez : « J'ai reçu 100 deniers et je les tiens à votre disposition. » Titius vous répond : « Ces 100 deniers, je vous les prête. » Le *mutuum* se formera-t-il dans cette hypothèse ? Les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur ce point. Africain soutenait qu'il n'y avait pas tradition et, par conséquent, que le *mutuum* n'avait pas pu se former (L. 34, *pr.*, D., *Mand.*, liv. XVII, tit. 1). Ulpien admettait, au contraire, la formation du *mutuum*. Il disait : « Quand un mandataire écrit à son mandant qu'il tient 100 deniers à sa disposition, c'est comme s'il lui faisait acquérir par une tradition effective ces 100 deniers. » Et si le mandant répond au mandataire : « Ces 100 deniers je vous les prête. » Il se passe une deuxième tradition, par suite de laquelle le mandant se dessaisit de ses deniers au profit de son mandataire. Il y a, par conséquent, formation du *mutuum* (L. 15, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. 1). — *Troisième hypothèse*. Je veux prêter à Titius 100 deniers, je ne les ai pas chez moi, mais chez mon débiteur Secundus. Je prie Secundus de compter à Titius les 100 deniers qu'il me doit. Ces deniers, en fait, n'ont jamais été entre mes mains ; ils passent directement du patrimoine de mon débiteur dans celui de Titius. Y a-t-il là une véri-

restituer immédiatement. — Si la consommation des deniers était faite de mauvaise foi par l'emprunteur; il y aurait lieu à l'action *ad exhibendum*.

Conditions de capacité chez l'emprunteur.

Il faut que l'emprunteur ait : — 1° la capacité générale de s'obliger, exemple : un pupille emprunte de l'argent, *sine auctoritate tutoris*, il n'est pas tenu *ex mutui datione*; — 2° la capacité spéciale de s'obliger par *mutuum*. En effet, un sénatus-consulte Macédonien, rendu dans le but de réprimer les usures et de prévenir les abus dangereux produits par les emprunts faits par des fils de famille, porte que celui qui aura prêté de l'argent à un fils de famille, sans le consentement du père de l'emprunteur, n'aura aucune action, ni contre le père, ni contre le fils, quand bien même celui-ci deviendrait *sui juris* (L. 2, *pr.*, L. 11, § 1, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. I) (1).

Conditions de formes.

Le *mutuum* exige la condition nécessaire à la formation de tout contrat, le consentement des parties, l'accord entre la volonté du prêteur et celle de l'emprunteur. Exemple : j'ai voulu vous prêter 100 deniers, mais vous n'avez pas voulu me les emprunter; vous avez cru que je vous les donnais. Il y aura bien aliénation, parce que j'ai eu l'intention d'aliéner à un titre quelconque, et que vous avez voulu acquérir, mais il n'y aura pas *mutuum*. Je pourrais agir contre vous, non pas *ex contractu* ou *ex mutuo*, mais *quasi ex contractu*. En effet, toutes les fois qu'une personne s'enrichit aux dépens d'une autre, sans juste motif, elle est tenue de restituer cette acquisition (L. 3, § 1, D., *De obl. et act.*, liv. XLIV, tit. VII).

Outre le consentement des parties, le *mutuum* exige encore d'autres conditions de formes. L'aliénation, qui est le fondement et la mesure du *mutuum*, ne se fera plus avec une balance et en présence de témoins; elle se fera

(1) Voy. des développements complémentaires sur le sénatus-consulte Macédonien, *infrà*, liv. IV, titre VII.

d'une façon plus simple par la tradition. En effet, il s'agit d'aliéner des choses *nec mancipi*, en général, de l'argent; et la tradition suffit pour ces sortes d'aliénation. Or, la tradition ne s'opère pas uniquement dans le cas où la chose prêtée passe, sans intermédiaire, de la main du prêteur dans celle de l'emprunteur; elle a encore lieu dans les hypothèses suivantes : — *Première hypothèse*. Je vous confie une somme d'argent. C'est un dépôt. Plus tard, je vous prête cette somme d'argent, je convertis le dépôt en *mutuum*. Il y a ici une tradition tout aussi effective que si les deniers avaient passé de mes mains dans les vôtres. C'est une dation véritable (L. 9, § 9, *De reb. cred.*, liv. XII, tit. I). — *Deuxième hypothèse*. Titius vous a chargé de gérer ses affaires à Rome, et vous faites des recouvrements à son compte. Vous lui écrivez : « J'ai reçu 100 deniers et je les tiens à votre disposition. » Titius vous répond : « Ces 100 deniers, je vous les prête. » Le *mutuum* se formera-t-il dans cette hypothèse? Les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur ce point. Africain soutenait qu'il n'y avait pas tradition et, par conséquent, que le *mutuum* n'avait pas pu se former (L. 34, *pr.*, D., *Mand.*, liv. XVII, tit. I). Ulpien admettait, au contraire, la formation du *mutuum*. Il disait : « Quand un mandataire écrit à son mandant qu'il tient 100 deniers à sa disposition, c'est comme s'il lui faisait acquérir par une tradition effective ces 100 deniers. » Et si le mandant répond au mandataire : « Ces 100 deniers je vous les prête. » Il se passe une deuxième tradition, par suite de laquelle le mandant se dessaisit de ses deniers au profit de son mandataire. Il y a, par conséquent, formation du *mutuum* (L. 15, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. I). — *Troisième hypothèse*. Je veux prêter à Titius 100 deniers, je ne les ai pas chez moi, mais chez mon débiteur Secundus. Je prie Secundus de compter à Titius les 100 deniers qu'il me doit. Ces deniers, en fait, n'ont jamais été entre mes mains; ils passent directement du patrimoine de mon débiteur dans celui de Titius. Y a-t-il là une véri-

table *datio*, un véritable *mutuum?* Il a été admis, d'une façon conforme au principe sur la possession, que le *mutuum* pourrait se former. En effet, le débiteur a l'intention de se libérer, et il ne le peut qu'en me rendant propriétaire. Or, lorsqu'il remet les 100 deniers à Titius, sur mon ordre, c'est dans l'intention que je devienne propriétaire. D'un autre côté, l'emprunteur a aussi l'intention de me faire acquérir la propriété de ces 100 deniers, afin que la propriété de ces deniers passe ensuite de moi prêteur, à lui emprunteur. Il reçoit donc cette somme pour moi, et il m'en a rendu possesseur et propriétaire. Ainsi, en résumé, ces deniers, qui, en fait, ont passé directement du patrimoine de mon débiteur dans celui de mon emprunteur, sont censés avoir été reçus de mon débiteur d'abord par moi, et avoir été ensuite transmis par moi à l'emprunteur (L. 15, D., *eod.*). — *Quatrième hypothèse.* J'ai un débiteur qui me doit de l'argent. Je lui dis : « Si vous ne pouvez me payer, gardez l'argent; vous me le devrez à titre de *mutuum*. » Y a-t-il là une conversion d'un dépôt en *mutuum?* Bien des interprètes modernes enseignent l'affirmative. M. Gide (1) repousse cette opinion. En effet, d'après l'honorable professeur, le contrat s'est formé, dans notre espèce, par un simple consentement des parties, il n'y a pas eu une *res*. Or, pour qu'il y ait *mutuum*, il faut une *res*, c'est-à-dire une tradition impliquant une aliénation. — *Cinquième hypothèse.* Je remets à Titius des pièces d'argenterie pour qu'il les vende, et qu'il conserve à titre de prêt le prix qu'il en retirera. Y a-t-il là véritablement un *mutuum?* La raison de douter, c'est que les écus reçus par le vendeur-emprunteur n'ont jamais appartenu au prêteur. Aussi Africain n'admet pas qu'il y ait là un *mutuum* (L. 34, D., *Mandat.*, liv. XVII, tit. 1). Mais Ulpien s'écarte de cette rigueur de doctrine, et décide que le vendeur-emprunteur est tenu envers le prêteur *ex mutui datione* (L. 11, *pr.*, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. 1).

(1) *A son cours.* — Comp. M. Pellat, *Textes choisis des Pandectes*, p. 87, note 1.

II. DE L'OBLIGATION DE RENDRE DES CHOSES DE MÊME NATURE ET DE MÊME VALEUR QUE CELLES QUE L'ON A REÇUES.

Le *mutuum* contient une aliénation et un prêt. Or, ces deux idées d'aliénation et de prêt semblent, au premier abord, impliquer contradiction. En effet, qu'est-ce qu'aliéner, si ce n'est conférer à quelqu'un un droit définitif sur une chose, un droit absolu ? Qu'est-ce que prêter, si ce n'est transférer à quelqu'un un droit temporaire, le charger de conserver pour rendre ? Aussi, dans le *mutuum*, l'aliénation et l'obligation se distinguent et ont pour objet deux choses différentes. Quand je fais un prêt, j'aliène, par exemple, *certaines pièces* de monnaie dont vous pouvez disposer comme il vous semble. Mais que vous ai-je prêté, c'est une valeur, une somme ? On voit donc que, pour qu'une telle obligation de restituer puisse naître, il faut qu'il s'agisse de choses que l'on ne considère pas quant à leur individualité, mais quant à leur valeur (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XIV).

Si l'emprunteur rendait la chose même qu'il aurait reçue, il y aurait un *commodat*, mais pas un *mutuum* (L. 2, *pr.*, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. I).

S'il rendait une chose différente, ce ne serait plus un *mutuum*, ce serait, en droit français, un *échange ;* en droit romain, un *contrat innomé*.

Les choses qui peuvent faire l'objet d'un *mutuum* sont les choses *fongibles*, c'est-à-dire qui font fonction les unes des autres. Considérées à un autre point de vue, ces choses ont été appelées *choses qui se consomment par le premier usage*. C'est la volonté des parties qui rend les choses fongibles. Ce qu'il importe donc de chercher, c'est non pas la *nature de la chose prêtée*, mais la *nature de l'usage* que les parties ont eu en vue. Ainsi les choses qui paraissent le mieux convenir au *mutuum*, et le plus répugner au *commodat*, peuvent faire l'objet d'un *commodat ;* et récipro-

quement. Par exemple, des pièces d'or ont ordinairement le caractère de choses fongibles; mais si je vous emprunte des pièces d'or *pour les employer comme jetons dans une partie de jeu*, ou *pour compléter une collection de monnaies*, dans ces deux cas, et autres semblables, il n'y aura pas *mutuum*, mais *commodat*. Je serai tenu de vous rendre *in specie* les mêmes pièces d'or que j'aurai reçues. — Au contraire, certaines choses, qui ne se consomment pas *primo usu*, peuvent être fongibles. C'est ainsi qu'un exemplaire d'un ouvrage peut être remis par un libraire à un de ses confrères, à la condition que celui-ci lui en rendra un semblable; c'est évidemment un *mutuum*. Cet exemplaire est fongible dans l'intention des parties.

Différences entre le mutuum et le quasi-usufruit. — Le *mutuum* diffère du *quasi-usufruit* sous trois principaux rapports : — 1° le droit de l'*emprunteur* est transmissible à ses héritiers; celui du *quasi-usufruitier* s'éteint par sa mort, lors même qu'elle arrive avant le temps fixé pour la restitution, car ce terme est stipulé non pour étendre, mais pour restreindre la durée de l'usufruit; — 2° le *mutuum* est toujours un contrat; le *quasi-usufruit*, au contraire, résulte, en général, d'un legs; — 3° dans le *mutuum*, l'emprunteur peut très-bien, sauf convention spéciale à cet effet, n'être astreint à fournir aucune garantie au prêteur; au contraire, dans le *quasi-usufruit*, l'obligation de donner une satisdation est de la nature même du quasi-usufruit.

Exceptions au principe que l'emprunteur ne peut pas être tenu, en cas de mutuum, à rendre une valeur supérieure à celle qu'il a reçue. — De ce que l'aliénation faite par le prêteur est la cause et la mesure de l'obligation contractée par l'emprunteur, il résulte que le prêteur ne pourrait pas convenir, lorsqu'il prête cent deniers, que l'emprunteur lui en rendra cent cinquante. L'emprunteur ne peut être contraint, en vertu du *mutuum*, de payer plus qu'il n'a reçu (L. 11, § 1, D., *De reb.*

creid., liv. XII, tit. I). Ce principe a cependant reçu plusieurs exceptions : — *Première exception* : elle est relative au prêt d'argent fait en vue d'une opération maritime. Cette somme d'argent peut être au profit du prêteur productive d'intérêts, en vertu d'une simple convention ajoutée au prêt. Ces intérêts se nomment *nautieum fœnus* (L. 7, D., *De nautic. fœn.*, liv. XXII, tit. II). Dans notre droit français ce prêt maritime s'appelle *prêt à la grosse aventure*. — *Deuxième exception* : elle est relative à tous les cas où ce sont des denrées qui forment l'objet du prêt; l'emprunteur peut alors être contraint de rendre plus qu'il n'a reçu (L. 12, C., *De usur.*, liv. IV, tit. XXXII). — *Troisième exception* : elle est relative aux *argentarii* qui pouvaient exiger de ceux à qui ils avaient prêté de l'argent des intérêts dus en vertu de la simple convention entre les parties, sans qu'il y ait eu stipulation. Cette mesure prise par Justinien avait pour but de favoriser les entreprises commerciales (Nov. CXXXVI, ch. IV). — Même privilége pour les prêts faits par le fisc ou par des villes (LL. 30, 43, D., *De usur.*, liv. XXIII, tit. II).

COMMODAT, DÉPÔT, GAGE

Définition. — Le *commodat*, ou prêt à usage, est un contrat par lequel l'une des parties remet *gratuitement* à l'autre une chose considérée comme corps certain (*in specie*) que celle-ci s'oblige à restituer dans son individualité, après s'en être servie pendant le temps convenu (Inst., § 2, liv. III, tit. XIV).

Le *dépôt* est un contrat par lequel l'un des contractants remet à l'autre une chose considérée comme corps certain (*in specie*) que celui-ci s'oblige à garder *gratuitement*, et à restituer quand elle lui sera réclamée (Inst., § 3, *eod.*).

Le *gage* est un contrat par lequel un débiteur ou un tiers pour le débiteur remet à un créancier, pour sûreté

d'une dette, un objet que ce dernier s'engage à lui restituer lors du paiement (Instit., § 4, *eod.*).

RÈGLES COMMUNES AU COMMODAT, AU DÉPÔT ET AU GAGE

Première règle. — Ces trois contrats se forment *re*, comme le *mutuum*. Mais ils diffèrent du *mutuum* sur ce premier point, à savoir que la remise de la chose ne transfère point ici la propriété, ni même la possession civile à l'*accipiens* ; elle ne lui procure qu'une simple détention de la chose. *Conséquence :* il n'est pas nécessaire pour la formation de ces contrats que le *tradens* soit, comme dans le *mutuum*, propriétaire de la chose.

Deuxième règle. — Ces trois contrats ont pour objet une chose considérée dans son individualité (*in specie*). Au contraire, dans le *mutuum*, la chose est considérée dans son genre (*in genere*). *Conséquences :* 1° en cas de *mutuum* l'emprunteur peut rendre une chose pour une autre ; en cas de commodat, de dépôt, de gage, l'*accipiens* est tenu de restituer identiquement l'objet qu'il a reçu ; 2° dans le *mutuum*, si la chose prêtée périt par cas fortuit, l'emprunteur n'est pas libéré, car son obligation a pour objet, non la chose qui a péri, mais un genre qui ne peut pas périr ; dans le commodat, le dépôt et le gage, si la chose périt par cas fortuit, l'obligation de l'*accipiens* est éteinte faute d'objet.

Troisième règle. — Le commodat, le dépôt, le gage, sont des contrats synallagmatiques imparfaits qui donnent lieu à deux actions : — l'une au profit du *tradens* pour contraindre l'*accipiens* à restituer la chose. Cette action est appelée *directe* (*actio commodati, depositi, pigneratitia directa*), parce qu'elle dérive directement et immédiatement du contrat, qu'elle en forme une condition essentielle, la chose reçue devant nécessairement être rendue au *tradens*. — L'autre au profit de l'*accipiens* pour contraindre le *tradens* à lui rembourser les dépenses faites pour la chose

qui lui a été remise. Cette action se nomme *contraire* (*actio commodati, depositi, pigneratitia contraria*); elle naît, à l'occasion du contrat, mais d'un fait postérieur qui peut exister ou ne pas exister. — Le *mutuum* est un contrat unilatéral.

Quatrième règle. — Le commodat, le dépôt, le gage, sont des contrats de bonne foi. — Au contraire, le *mutuum* est un contrat de droit étroit (*stricti juris*) (Inst., § 28, liv. IV, tit. VI).

RÈGLES SPÉCIALES AU COMMODAT

Dans le commodat, le prêteur s'appelle *commodant*, et l'emprunteur *commodataire*.

Caractères du commodat. — Le commodat ne transfère pas au commodataire la propriété, ni même la possession civile (*animo domini*) de la chose prêtée. Le commodataire exerce la possession pour le compte du commodant qui lui a donné seulement la faculté de détenir la chose et d'en faire usage (L. 8, D., *Commod.*, liv. XIII, tit. VI). — Le commodat est essentiellement gratuit; du moment que l'on fait intervenir un salaire, un avantage réciproque, il n'y a plus de commodat (Instit., § 2, liv. III, tit. XIV). C'est alors soit un *louage*, soit un *contrat innomé*.

But du commodat. — Le commodat est généralement fait dans une intention bienveillante à l'égard du commodataire. Cependant il peut aussi être fait dans l'intérêt unique du prêteur ou dans l'intérêt commun des deux parties (L. 5, § 10, D., *eod.*).

Des choses qui peuvent faire l'objet du commodat. — Toutes les choses qui sont dans le commerce peuvent être prêtées à usage, les immeubles comme les meubles (L. 1, § 1, D., *eod.*), les choses qui s'estiment au poids, au nombre et à la mesure, et qui le plus habituellement sont destinées à la consommation (*primo usu con-*

sumuntur) comme celles qui s'estiment individuellement (L. 3, § 6; L. 4, D., *Commodat.*, liv. XIII, tit. VI).

Des droits du commodataire, et, par suite, des obligations du commodant. — 1° Le commodataire a le droit d'employer la chose prêtée à l'usage naturel et ordinaire auquel elle est propre. Mais presque toujours le commodant prend soin de déterminer pour quel usage et pour quel temps il prête sa chose; dans ce cas, les droits du commodataire sont restreints par la convention. — 2° Le commodataire a le droit de répéter les dépenses qu'il a faites, lorsqu'elles étaient nécessaires à la conservation de la chose, et il a, dans ce but, l'action *commodati contraria*. Quant aux dépenses qu'il a faites, en vue de la jouissance de la chose, par exemple, lorsqu'il nourrit un cheval qui lui a été prêté, il ne peut les répéter, car le commodant s'est engagé, non pas à *le faire* user, mais à *le laisser user* de la chose prêtée. C'est à lui à supporter ces dépenses, puisque c'est lui qui en a le profit. — 3° Le commodataire a le droit de se faire indemniser du préjudice que le commodant lui a causé par son dol (L. 18, §§ 2, 3, D., *eod.*).

Des obligations du commodataire, et, par suite, des droits du commodant. — 1° Le commodataire est tenu de restituer la chose qui lui a été prêtée. L'obligation de restituer emporte l'obligation de conserver la chose et d'en prendre soin. Le commodataire est responsable de son dol, et de toute faute que ne commettrait pas un père de famille *très-diligent* (Instit., § 2, liv. III, tit. XIV). — 2° le commodataire, n'ayant d'autre droit que celui qu'il tient de la bienveillance du commodant, ne doit employer la chose qu'à l'usage déterminé par la convention intervenue entre lui et le commodant, et ne s'en servir que pendant le temps stipulé. Si le commodataire sort avec intention de cet usage limité, il commet un *vol* et il peut être passible de l'action *furti* (Instit., § 6, liv. IV, tit. I). Si c'est sans mauvaise intention, il commet un *abus*, et il est responsable

des dommages qui pourraient en résulter pour la chose (Instit., § 2 *in fine*, liv. III, tit. XIV).

RÈGLES SPÉCIALES AU DÉPÔT

Celui qui fait le dépôt se nomme *déposant* (*deponens*), et celui qui reçoit *dépositaire* (*depositarius*).

Caractères du dépôt. — Le dépôt ne transfère ni la propriété ni la possession de la chose déposée. Le dépositaire n'est que détenteur d'une chose qu'un autre possède (L. 17, § 1, D., *Deposit.*, liv. XVI, tit. III). — De même que le commodat, le dépôt est *essentiellement gratuit* (L. 1, §§ 8-10, D., *eod.*). Du moment que l'on ferait intervenir un salaire, un avantage quelconque, il n'y aurait plus de dépôt, mais un *louage d'industrie* ou un *contrat innomé* (1).

But du dépôt.—Le but du dépôt est la garde d'une chose. C'est dans cette intention qu'elle est livrée au dépositaire.

Des choses qui peuvent être l'objet d'un dépôt. — Le dépôt n'est possible que relativement aux choses *mobilières*. Les choses *immobilières* ne peuvent faire l'objet d'un dépôt. Ainsi, lorsque je confie à quelqu'un le soin d'un immeuble, par exemple, lorsque je le charge de donner de l'air à ma maison, de la faire nettoyer et réparer, je ne forme pas un contrat de dépôt, mais de *mandat*.

Différences entre le commodat et le dépôt. — *Première différence :* le commodat s'applique à toutes choses qui sont dans le commerce, *meubles* et *immeubles*. Le dépôt n'a lieu que par rapport aux *meubles*. — *Deuxième différence :* le commodat est uniquement dans l'intérêt du commodataire. Le dépôt a lieu dans l'intérêt du déposant. Le commodataire reçoit un service; le dépositaire en rend un. De ce principe résultent plusieurs conséquences. *Première conséquence :* le dépositaire qui reçoit la chose pour la garder ne doit aucunement s'en servir. S'il s'en servait il commettrait un vol (*furtum*), et il serait pas-

(1) Voy., sur les contrats innomés, *infrà*, tit. XXVI, p. 482 et suiv.

sible de l'action *furti* (Instit., § 6, liv. IV, tit I). *Deuxième conséquence :* si un terme a été stipulé pour la restitution du dépôt, le dépositaire ne peut pas se décharger du dépôt et forcer le déposant de le recevoir avant le terme convenu, mais le déposant peut en exiger la restitution, à toute époque, quand bon lui semble; car c'est uniquement dans son intérêt que le terme a été stipulé (L. 1, §§ 45 et 46, D., *eod.*). *Troisième conséquence :* le dépositaire n'est responsable que de son dol, ou de sa faute lourde qui est assimilée au dol, et non de sa simple faute, c'est-à-dire de son incurie et de sa négligence (*culpæ autem nomine, id est desidiæ ac negligentiæ non tenetur*). Il est donc en sécurité dès l'instant qu'il donne à la conservation de la chose déposée les soins qu'il apporte aux siennes. S'il est négligent, inhabile dans l'administration de ses affaires, le déposant n'aura contre lui aucun recours. En effet, celui qui a confié la garde de sa chose à un ami négligent doit s'imputer de s'être exposé aux suites de ce défaut (Instit., § 3, liv. III, tit. XIV). S'il en est autrement dans le commodat, c'est que le commodataire reçoit un service. *Quatrième conséquence* : le dépositaire qui a fait des dépenses pour la conservation de la chose peut les répéter toutes, sans qu'il y ait à distinguer entre les dépenses qui sont et celles qui ne sont pas charges de la jouissance. Si le commodataire ne peut répéter que les dépenses qui ne sont point faites en vue de la jouissance, c'est que les autres dépenses sont compensées par l'usage qu'il retire de la chose (L. 5, *pr.*, D., *eod.*).

De quelques espèces particulières de dépôt.

Dépôt nécessaire ou misérable. — On désigne sous le nom de dépôt *nécessaire* ou *misérable* celui qui est déterminé par des circonstances impérieuses telles qu'un incendie, un tumulte, un naufrage, circonstances qui ne laissent au déposant ni la liberté de ne pas faire le dépôt, ni le temps pour choisir le dépositaire (*ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem*). Le dépositaire

est tenu à la restitution d'un semblable dépôt d'une manière plus stricte que dans les cas ordinaires; car il peut, en cas de dénégation fausse, encourir une condamnation *au double* (*in duplum*) (Instit., §§ 17, 26, liv. IV, tit. VI).

Dépôt irrégulier. — Les jurisconsultes modernes désignent sous le nom de dépôt *irrégulier* celui qui a pour objet, non pas une chose considérée comme corps certain (*in specie*), mais une chose d'un certain genre (*in genere*), d'une certaine valeur. Par exemple, je dépose entre vos mains une somme d'argent, et je conviens avec vous que vous aurez la faculté de me rendre, lors du remboursement, non pas les mêmes écus, mais une somme d'une égale valeur. Il y a là un dépôt irrégulier, car, en vertu d'un dépôt ordinaire, vous seriez tenu de me restituer les écus mêmes que je vous ai remis (L. 24, L. 25, § 1, L. 26, § 1, D., *Deposit.*, liv. XVI, tit. III; L. 31, D., *Locat.*, liv. XIX, tit. II).

Différences entre le dépôt irrégulier et le mutuum. — Entre le dépôt irrégulier et le *mutuum* il y a une grande analogie, mais ils diffèrent : — 1° Par l'*intention* des parties. Dans le dépôt irrégulier l'intention dominante est que la somme doit être tenue à la disposition du déposant; dans le *mutuum* le but principal est de procurer à l'emprunteur la jouissance de l'argent, l'usage de la somme. — 2° Par la *nature même* des deux contrats. Le dépôt irrégulier est un *contrat de bonne foi*; le *mutuum* est un *contrat de droit strict*. De cette différence résultent des conséquences nombreuses; notamment, dans ce contrat, des intérêts peuvent être promis par simple pacte, tandis que, dans le *mutuum*, il faut à cet effet employer la stipulation.

Dépôt d'une chose litigieuse ou séquestre. — Le séquestre est la remise faite, par deux ou plusieurs personnes, d'une chose litigieuse entre les mains d'un tiers qui se charge de la garder jusqu'à ce que la contestation soit terminée, et de la rendre à celle des parties qui gagnera le procès.

Différences entre le dépôt ordinaire et le séquestre. — 1° Le dépôt ordinaire ne peut avoir pour objet que des meubles; le séquestre, au contraire, peut avoir pour objet non-seulement des meubles, mais même des immeubles. — 2° Dans le dépôt ordinaire, le dépositaire n'a pas la possession civile de la chose mise en dépôt; au contraire, dans le séquestre le dépositaire a cette possession civile (L. 17, § 1, D., *Depositi*, liv. XVI, tit. III). — 3° Le dépôt ordinaire peut être fait par une seule personne; le séquestre exige nécessairement l'intervention de deux ou plusieurs personnes ayant des intérêts opposés (L. 17, *pr.*, D., *eod.*). — 4° Lorsque le dépôt ordinaire est fait par plusieurs personnes, le dépositaire n'est libre qu'à la condition de restituer la chose à tous les déposants; il n'en est pas de même dans le séquestre, où la restitution faite à celle des parties qui gagne le procès libère pleinement le dépositaire (L. 17, *pr.*, D., *eod.*).

RÈGLES SPÉCIALES AU GAGE

Différentes significations du mot gage. — Le mot gage a plusieurs sens différents; il désigne : — 1° le contrat de gage; — 2° le droit *in re* que le créancier acquiert par suite de ce contrat, lorsque la chose est *in bonis* de celui qui la remet en gage; — 3° l'objet même sur lequel le créancier acquiert le *jus in re*.

Nature du contrat de gage. — Le contrat de *pignus* est un contrat accessoire qui suppose une obligation principale dont il garantit l'exécution. — Il importe peu que l'obligation ait reçu la sanction civile; une obligation naturelle peut servir de base à un droit de *pignus* (L. 5, *pr.*, D., *De pignoribus*, liv. XX, tit. I). Il n'est pas nécessaire que l'obligation soit présente; elle peut être future ou même conditionnelle. Enfin on peut constituer un gage non-seulement pour sa propre obligation, mais encore

pour une obligation étrangère (*sive pro sua obligatione, sive pro aliena.* L. 5, § 2, D., *eod.*) (1).

Notions historiques sur le contrat de gage. — Dans le principe, le gage se constituait par la *mancipatio* ou *cessio in jure*, qui rendait le créancier propriétaire de la chose. La clause de *fiducie* s'ajoutait à l'acte solennel de la mancipation ou de la cession, dans le but d'obliger le créancier à remanciper ou à rétrocéder la chose au débiteur après le paiement (Gaïus, C II, § 60; Paul, *Sent.*, liv. II, tit. XIII). Par ce moyen, le créancier avait toute garantie possible; mais le débiteur qui avait cessé d'être propriétaire du gage n'était qu'insuffisamment protégé par l'action personnelle contre la mauvaise foi ou l'insolvabilité du créancier.

Le contrat de *pignus* a été introduit pour remédier à ces inconvénients. Le débiteur remet au créancier une chose, sans lui en transférer la propriété. Lors de la tradition, il intervient un contrat entre les parties, qui fait naître au profit du débiteur une action personnelle pour obtenir la restitution de ce qu'il a livré (*contractus pigneratitius*). — L'*intérêt du débiteur* est sauvegardé; en effet, il reste propriétaire de la chose donnée en gage et en retient, par conséquent, la revendication. De plus, bien qu'il en ait transféré la possession au créancier, il en conserve cependant le bénéfice quant à l'usucapion. — L'*intérêt du créancier* est sauvegardé; en effet, le débiteur, en lui transférant la possession de la chose, se met dans l'impossibilité physique d'en disposer; et puisque le créancier reçoit du contrat de *pignus* même le pouvoir d'aliéner le gage à défaut de paiement de sa créance à l'échéance, il est assuré de ne rien perdre si la valeur du gage équivaut au montant de ce qui lui est dû. De plus, comme possesseur, le créancier est protégé par les *interdits possessoires*,

(1) Consult. MM. Pellat, *Traduct. de* Schilling, p. 10; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. II, § 326 *in fine*, texte et note 9.

qui ont pour but de faire maintenir la chose en son pouvoir.—Le *pignus* avait un double inconvénient : 1° de priver, jusqu'au remboursement de la dette, le débiteur de la possession de sa chose ; 2° de nuire au crédit. En effet, le débiteur qui livrait à titre de *pignus* un objet dont la valeur excédait le montant de sa dette, épuisait tout le crédit que cet objet pouvait lui procurer, puisque tout autre *pignus* était impossible. Pour éviter ces incommodités, le droit prétorien imagina le pacte d'*hypothèque*. (1).

Constitution du gage.—Le gage est *volontaire* ou *nécessaire*. Le gage volontaire repose sur une convention (*pignus conventionale*), ou sur une disposition de dernière volonté (*pignus testamentarium*). — Le gage nécessaire repose soit sur un ordre du magistrat, soit sur une disposition légale (*tacitum pignus*). Le gage ne s'établit jamais par prescription (2).

Des choses qui peuvent être l'objet d'un gage.—Les choses immobilières (*res soli*), comme les choses mobilières, peuvent être données en gage ; cependant l'expression de *gage* s'applique plus spécialement aux choses mobilières (L. 238, § 2, D., *De verb. significat.*, liv. L, tit. XVI) ; et celle d'*hypothèque* désigne ordinairement le contrat de gage sur les immeubles (L. 9, § 2, D., *De pignerat. act.*, liv. XIII, tit. VII). Les choses *incorporelles*, n'étant pas susceptibles de tradition, ne peuvent à la rigueur être l'objet d'un contrat de *pignus*. Cependant, comme le but pratique de ce droit est de donner au créancier une garantie efficace par la vente de la chose engagée, on l'a également appliqué aux choses incorporelles susceptibles d'être aliénées moyennant un prix d'argent (3). Ainsi, parmi les choses incor-

(1) Voy., sur ces notions historiques, MM. Machelard, *Texte de dr. rom.*, 2e part., *sur l'Hypoth.*, p. 106 et suiv. ; Pellat, *loc. cit.* — En ce qui concerne l'hypothèque, Voy. *infrà*. liv. IV, tit. VI.

(2) *Sic*, MM. Maynz, *op. cit.*, § 327, p. 305, texte et note 7 ; Machelard, *op. cit.*, p. 112.

(3) Consult. M. Maynz, t. II, § 326, p. 300, note 1.

porelles celles qui peuvent être l'objet d'un gage sont les suivantes : les créances (*nomina*) ; les servitudes tant personnelles que réelles (L. 11, § 3, L. 12, D., *De pignorib.*, liv. XX, tit. I) ; les offices (*militiæ*), c'est-à-dire certains emplois publics avec traitements et émoluments qui sont aliénables et transmissibles héréditairement ; les droits d'emphytéose, de superficie et de gage lui-même. Il résulte donc que le droit de *pignus* peut être établi sur presque toutes les choses qui se trouvent dans le commerce et qui peuvent être aliénées.

Entre quelles personnes peut se former le contrat de pignus? — Le contrat de *pignus* se forme ordinairement entre le débiteur et le créancier, mais toute autre personne peut dans l'intérêt du débiteur remettre un gage au créancier (1).

Droits du créancier gagiste. — Le créancier gagiste a notamment la faculté de vendre le gage afin de se payer sur le prix dans le cas où il ne serait pas complétement satisfait par le débiteur au terme fixé. Une convention formelle aurait été d'abord nécessaire pour autoriser le créancier à vendre le gage ; sinon il n'aurait eu que le droit de rétention (Gaïus, C. II, § 64). Plus tard cette faculté a été considérée comme sous-entendue (L. 4, D., *De pig. act.*, liv. XIII, tit. VII). Si bien qu'elle ne pouvait même pas, par convention, être enlevée au créancier. — Le créancier a le droit de donner en gage la chose qu'il a reçue lui-même en gage (*sub pignus*). — Enfin il peut au moyen des interdits possessoires se faire restituer la chose par tout détenteur.

Des obligations du créancier gagiste. — L'obliga-

(1) Le gage devait être, en principe, consenti par le propriétaire. Toutefois, l'engagement de la chose d'autrui pouvait devenir valable par le consentement ou la ratification du *dominus* (L. 16, § 1, D., *De pignor.*, liv. XX, tit. I). — On pouvait encore engager la chose d'autrui, pour le cas où l'on en deviendrait propriétaire. Voy., sur tous ces points, MM. Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'aff.*, p. 23 ; Pellat, *op. cit.*, p. 40 ; Machelard, *op. cit.*, p. 113 et suiv. ; de Folleville, *Essai sur la vente de la chose d'autrui*, p. 136, note 1.

tion principale du créancier gagiste est de restituer le gage après entière satisfaction à sa créance (Instit., § 4, liv. III, tit. XIV). L'obligation de restituer comprend l'obligation de veiller à la conservation de la chose. La responsabilité du créancier gagiste est la même que celle du commodataire : « *venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato; venit et custodia; vis major non venit* » (L. 13, § 1, D., *De pigneratitia actione vel contra*, liv. XIII, tit. XIII). Il est responsable non-seulement de son dol, et de sa faute lourde assimilée au dol, mais même de toute faute qu'aurait pu éviter un père de famille diligent (*placuit sufficere exactam diligentiam*). Si, malgré sa vigilance, il perd la chose par quelque cas fortuit, il est à l'abri de toute responsabilité. La chose remise en gage reste, en effet, aux risques du débiteur; aussi, rien n'empêchera le créancier de poursuivre le paiement de sa créance (Instit., *ibid.*) (1). — *Exception* au principe que le créancier gagiste est tenu de restituer le gage, après le paiement intégral de la créance pour laquelle il avait été constitué. Un rescrit de l'empereur Gordien (L. 1, C., *Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse*, liv. VIII, tit. XXVII), a accordé au créancier le droit de retenir, même après l'extinction de la créance garantie, la chose engagée, s'il est, en outre, créancier d'une autre somme actuellement exigible à laquelle cependant le gage n'a pas été affecté. Cette disposition a passé dans notre droit moderne (2). — Que dé-

(1) Le créancier, tenu des obligations d'un père de famille diligent, doit percevoir les fruits de la chose engagée et les imputer sur sa créance, d'abord sur les intérêts, ensuite sur le capital. Les mêmes règles s'appliquent aux services d'un esclave engagé. Le créancier qui use à son profit de la chose donnée en gage commet un *furtum usus*.

(2) C. civ., art. 2082. S'il existait de la part du même débiteur, envers le même créancier, une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue exigible avant le paiement de la première dette, le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde.

cider lorsque le créancier gagiste, n'ayant pas reçu à l'échéance le paiement de sa créance, a procédé à la vente de la chose engagée? Il doit tenir compte au débiteur de cette vente, et lui rendre le surplus du prix, si surplus il y a sur le montant de la dette garantie (L. 42, D., *De pigneratit. act.*, liv. XIII, tit. VII). Ces diverses obligations du créancier gagiste donnent lieu au profit du débiteur à l'action *pigneratitia directa*.

Des droits du débiteur ou constituant du gage. — Le débiteur ou constituant du gage reste toujours propriétaire de la chose engagée; il peut, en conséquence, la vendre, la grever de servitude en tant que cela ne nuise pas au créancier, en disposer *mortis causa*; il a le droit de revendiquer la chose même contre le créancier, qui, après le paiement intégral de la dette, continuerait à retenir le gage. Enfin il profite des augmentations et supporte seul les diminutions accidentelles de la chose engagée.

Des obligations du débiteur ou constituant du gage. — Le débiteur ou constituant du gage est tenu envers le créancier par l'action *pigneratitia contraria* : — pour les dépenses nécessaires et utiles faites dans l'intérêt de la chose; — pour la réparation du préjudice causé par les vices de la chose, et imputable à faute au débiteur; — pour l'éviction que le créancier aurait soufferte de la part du véritable propriétaire, lorsque le débiteur lui a donné en gage une *res aliena*. — Le créancier peut encore exercer la même action lorsque la chose donnée en gage a été précédemment hypothéquée à un tiers.

De quelques conventions accessoires au contrat de gage.

Du pacte d'antichrèse. — Le créancier gagiste, comme le dépositaire et à la différence du commodataire, ne doit point, à moins de commettre un *furtum usus*, se servir de la chose engagée. Cependant il peut intervenir entre les parties, au moment où la chose est donnée en gage, une

convention aux termes de laquelle le créancier aura le droit de prendre à forfait les fruits que produit le gage pour lui tenir lieu des intérêts de sa créance. Cette convention aléatoire, qu'on appelle *antichrèse*, αντιχρησις, est permise pourvu qu'elle ne cache pas un prêt usuraire (L. 11, § 1, D., *De pignor.*, liv. XX, tit. I; L. 26, § 1, D., *De usuris*, liv. XXII, tit. I) (1).

Du pacte commissoire ou lex commissoria. — Dans l'ancien droit romain, les parties pouvaient convenir que le créancier gagiste, à l'échéance de la dette et en cas de non-paiement, deviendrait propriétaire de la chose, quelle que fût la disproportion entre le montant de la créance et la valeur du gage. Cette convention était appelée *lex commissoria*, parce qu'elle menaçait le débiteur de la déchéance de son droit d'exiger la restitution, *commissum*. Constantin a prohibé absolument une telle clause (*placet infirmare eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri*. L. 3, C., *De pactis pignorum et de lege commissoria*, liv. VIII, tit. XXXV). Cette défense a passé dans le Code civil (2).

TITRE XV

Des obligations verbales

Notions historiques. — Dans l'ancien droit, il y avait des obligations verbales qui se formaient *verbis* mais sans stipulation. Telles étaient la *dictio dotis* et le *jusjurandum liberti* (ou *jurata promissio liberti*, suivant le langage des interprètes). « Ainsi, s'explique, dit très-bien M. Deman-

(1) Comp. l'antichrèse en droit français, art. 2085 et 2089, C. civ.

(2) C. civ., art. 2078. Le créancier ne peut, à défaut du paiement, disposer du gage, sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. — Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer, sauf les formalités ci-dessus, est nulle.

geat (1), l'emploi des expressions *verborum obligatio* dont se servent Gaïus et Justinien dans leurs Institutes, au lieu de celles « *stipulationis obligatio.* »

De la dictio dotis.

La *dictio dotis* avait lieu sans interrogation du mari envers lequel on s'engageait à fournir une dot. Cet engagement ne pouvait être pris que par certaines personnes déterminées, savoir : — par la femme, — par le débiteur de la femme, sur sa délégation, — et par son ascendant paternel (Gaïus, *Epitome,* liv. II, tit. IX, § 3). Cette forme de s'obliger paraît être sous Justinien tombée en désuétude. Elle était, en effet, devenue inutile dès qu'il fut possible à toute personne, en vertu d'une constitution des empereurs Théodose et Valentinien, de s'obliger valablement par un simple pacte à fournir une dot au mari (L.6, C., *De dotis promiss. et nuda pollicit.*, liv. V, tit. XI).

Du jusjurandum liberti.

Le *jusjurandum liberti* avait lieu lorsqu'un affranchi promettait à son patron sous serment, soit un don, soit certains offices, soit ses services, sans interrogation préalable de ce patron (*Uno loquente, et sine interrogatione alio promittente, contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse juraverit.* Gaïus, *Epitome,* liv. II, tit. IX, § 4). Cette manière de s'obliger verbalement existe encore sous Justinien, quoique les Institutes n'en disent rien. Le Digeste, en effet, contient plusieurs fragments qui traitent de ce *jusjurandum liberti* (2).

De la stipulation.

La stipulation est une troisième forme d'obligation par paroles.

Une forme d'obligation. — La stipulation, en effet, n'est

(1) *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, p. 476.

(2) Telle est l'opinion de MM. Demangeat, t. II, p. 478; Ortolan, t. III, p. 455; Van Wetter, t. I, § 224, p. 825; Gérardin et Jozon, *Le droit des obligat.* de M. de Savigny, 2e édit., t. II, § 73, p. 369, note 2; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. II, n. 495, p. 200; Labbé, *à son cours.* — Comp. M. Maynz, t. II, § 330, p. 324, note 9.

pas comme les contrats réels, le *mutuum* par exemple, un contrat spécial, ayant une utilité particulière, répondant à un besoin déterminé. Elle est une forme qui sert à rendre obligatoire toute espèce de convention licite entre personnes capables de contracter.

En quoi consiste la stipulation? — La stipulation consiste dans une interrogation (*stipulatio*) de la part de celui qui devient créancier, et dans une réponse conforme (*spondeo* ou *promissio*) de la part de celui qui devient débiteur. — Le créancier se nomme stipulant (*reus stipulandi*), le débiteur promettant (*reus promittendi*).

Double signification du mot stipulation. — Le mot stipulation a deux sens : — dans un sens étroit, la stipulation ne désigne qu'une partie de l'acte : c'est l'interrogation solennelle de celui qui veut devenir créancier; — dans un sens large, la stipulation comprend le contrat tout entier, c'est-à-dire l'interrogation et la réponse ou promesse.

Origine de la stipulation. — On présume que la stipulation est le dérivé d'une opération juridique plus compliquée, que l'on appelle *nexum*. Le *nexum*, sanctionné par la loi des Douze Tables, servait à former le contrat qui consistait en prêt d'argent. Il y avait deux opérations distinctes dans le *nexum* : — 1° *la pesée*. L'argent était pesé devant témoins par un *libripens* ou porte-balance ; — 2° *les paroles solennelles*. L'emprunteur, après avoir reçu l'argent, prononçait certaines paroles consacrées qui l'obligeaient à rendre la somme empruntée au bout d'un certain temps. Plus tard, lorsqu'on voulut contracter une obligation qui n'était pas le prêt d'argent, on laissa de côté la pesée ou plutôt on tint la solennité *per æs et libram* pour accomplie, et on ne conserva que les paroles sacramentelles. C'est de là qu'est sortie la stipulation (1).

Différentes formes de la stipulation. — Avant le règne

(1) V. en ce sens, M. Mayne, *Cours de dr. rom.*, t. II, § 330, p. 322 et 323. — Toutefois cette origine est contestée par M. Gide, *De la novation en dr. rom.*, Rev. de législat., 1871, p. 126, note 3 ; Comp. M. Accarias, *Précis de dr. rom.*, t. II, n. 494, p. 194, note 3.

de Léon, il y avait certains termes consacrés qui seuls pouvaient être employés pour former une stipulation. Voici les plus usitées de ces formules : — *Spondes? Spondeo.* — *Promittis? Promitto.* — *Fidepromittis? Fidepromitto.* — *Fidejubes? Fidejubeo.* — *Dabis? Dabo.* — *Facies? Faciam* (Instit., § 1, liv. III, tit. xv). Il est probable que, dans le principe, les deux parties devaient se servir toutes deux de la langue latine. Plus tard, la langue grecque put être employée (Gaïus, C. III, § 93). Enfin, on finit par admettre toute autre langue étrangère (*vel qua alia lingua*), pourvu qu'elle fût comprise des deux parties (*scilicet si uterque stipulantium intellectum hujus linguæ habeat*). — *Observation.* Bien que Justinien, dans le § 1er, liv. III, tit. xv des Institutes, ne signale aucune différence entre les diverses formules de stipulation qu'il énumère, il faut cependant reconnaître avec Gaïus (C. III, § 93 *in fine*,) que la formule « *Spondes? Spondeo* » était exclusivement réservée aux seuls citoyens romains, et ne pouvait être prononcée en aucune autre langue qu'en latin.

Dans le milieu du cinquième siècle de l'ère chrétienne, l'empereur Léon supprima par un texte de loi la nécessité des paroles solennelles (*solemnitate verborum sublata*), depuis longtemps déjà tombées en désuétude dans la pratique (1), tout en laissant subsister les contrats formés *verbis*. Il suffisait, pour la validité d'une stipulation, qu'il eût eu une interrogation et une réponse affirmative conforme, peu importaient les paroles prononcées. L'accord des volontés se recherchait dans le fond des choses et non plus dans les termes employés. (Instit., § 1, *eod.*; L. 10, C., *De contrah. et committenda stipulatione*, liv. VIII, tit. XXXVIII).

Avantages que présente la stipulation employée comme forme pour contracter une obligation. — La stipulation, entre autres avantages, présente les deux utilités suivantes : 1° elle garantit mieux qu'aucune autre forme la

(1) *Sic*, M. de Savigny, *Le droit des obligat.*, 2e édit., t. II, § 73, p. 367 (traduct. de MM. Gérardin et Jozon).

volonté sérieuse des parties, et ne laisse aucun doute sur leur intention; — 2° elle détermine avec une rigoureuse précision l'objet de l'obligation et son étendue. Par là, elle coupe court à ces procès, si nombreux aujourd'hui, en interprétation de la volonté des parties contractantes (1).—C'est, en effet, à cette double idée que les Institutes (*pr.*, liv. III, tit. xv) rattachent l'étymologie du mot *stipulatio*. Ce mot viendrait de *stipulum*, qui autrefois était employé comme synonyme de *firmum* et qui lui-même paraît dériver de *stips* (souche) (2).

Inconvénients qui résultent de la forme de la stipulation. — Entre autres inconvénients, la stipulation présente les suivants : — 1° avant le règne de Léon, alors que la stipulation exigeait, pour se former, des termes consacrés, le moindre changement dans la formule entraînait la nullité de la convention ; — 2° comme l'essence de la stipulation est une interrogation préalable suivie d'une réponse conforme, la stipulation nécessite la présence dans un même lieu des deux parties contractantes. Il résulte donc une impossibilité pour les absents de s'obliger par cette forme (Gaïus, C. III, § 136; Instit., § 12, liv. III, tit. xix); — 3° même incapacité pour les sourds, qui ne peuvent entendre la réponse de l'autre partie; et pour les muets, qui ne peuvent prononcer les paroles de la stipulation (Instit., § 7, liv. III, tit. xix).

Des diverses espèces de stipulations. — Il y a deux espèces de stipulations: la stipulation *certa* et la stipulation *incerta* (L. 74, D., *De verb. oblig.*, liv. XLV, tit. i).

Qu'est-ce qu'une stipulation certa? — La stipulation est certaine (*certa*) lorsqu'elle a pour objet la dation d'une

(1) Tout porte à croire que chez les Romains la stipulation était la règle et que les autres manières de contracter n'étaient que l'exception. V. MM. Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. II, n. 494, p. 496 et suiv., et *Contrats innomés*, p. 10; Gide, *De la novation en dr. rom.*, Rev. de législat., 1871, p. 122.

(2) D'autres étymologies du mot *stipulatio* nous sont données par Paul, *Sent.*, § 1, liv. V, tit. vii; Festus, *De verbor. signif.*, au mot *stips*; Isidore de Séville, *Orig.*, liv. VI, ch. xxiv; Varro, *De ling. lat.*, liv. IV, § 36 (p. 30, éd. Gothofr.).

chose déterminée, sinon dans son individualité (*in specie*), au moins par l'indication de son espèce (*in genere*), de sa qualité et de sa quantité (*quid, quale quantumque sit*); par exemple, dix sous d'or, le fonds *Tusculanus*, l'esclave *Stichus*, cent mesures de blé d'Afrique de la meilleure qualité, cent amphores de vin de Campanie de la meilleure qualité (L. 74, D., *eod.*).

Qu'est-ce qu'une stipulation incerta? — La stipulation est incertaine (*incerta*), lorsque, dans ses termes mêmes, on ne trouve pas l'énonciation du *quid*, du *quale* et du *quantum* de la chose due; par exemple, la stipulation d'un fonds de terre, d'un esclave, en général; de tant de pièces de vin, de tant de mesures de froment, sans désignation de la qualité (*sine qualitate*), etc. La stipulation est incertaine dans tous les cas où elle a pour objet soit un fait, soit une abstention (*qui id quod in faciendo, aut non faciendo stipulatur, incertum stipulari videtur*). Il en est de même de la stipulation de l'usufruit d'un fonds même certain et déterminé, d'une servitude quelconque, etc. (*fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit incertum intelligitur in obligationem deduxisse*) (L. 75, D., *eod.*). — Les stipulations incertaines étaient moins en usage. D'ailleurs elles étaient le plus souvent accompagnées d'une clause pénale qui, fixant la dation d'une somme déterminée, pour le cas de non-exécution du fait, ou de contravention, transformait ces stipulations et les rendait certaines d'incertaines qu'elles étaient (Instit., § 7, liv. III, tit. XV).

Des actions qui résultent de la stipulation. — La stipulation n'engendre jamais qu'une obligation unique. Il ne saurait en résulter des obligations réciproques entre les parties. Elle donne lieu à la *condictio*. — La *condictio* prend le nom de *condictio certi*, lorsqu'il s'agit d'une stipulation *certaine*. C'est là la *condictio* proprement dite. Quand la stipulation est *incertaine*, la *condictio* prend le nom de *condictio incerti*. Dans ce dernier cas, on la désigne

de préférence par l'expression *actio ex stipulatu* (Instit., *pr.*, *eod.*).

Du reste ces deux actions, *condictio certi*, *condictio incerti* ou *actio ex stipulatu*, sont toujours de droit strict (1). Cependant, en cas de contestation, les pouvoirs du juge sont plus étendus lorsqu'il statue sur une stipulation incertaine que sur une stipulation certaine.

TITRE XVI

Des costipulants et des copromettants

Généralités. — En principe, lorsque deux personnes stipulent d'une troisième une somme déterminée, par exemple cent écus d'or, cette créance se divise en deux créances, de cinquante écus d'or chacune, parfaitement indépendantes l'une de l'autre. Réciproquement, lorsque deux promettants s'engagent envers un même stipulant à lui payer cent écus d'or, chacun d'eux ne s'oblige que fractionnairement; il y a deux dettes parfaitement distinctes, de cinquante écus chacune.

Dans le premier de ces deux cas, il y a bien deux créanciers, mais non *duo rei stipulandi*; dans le second, deux débiteurs, mais non *duo rei promittendi*.

L'expression *duo rei* suppose deux créanciers ou deux débiteurs qui ne sont pas l'un par rapport à l'autre dans une position complétement indépendante. Ainsi deux personnes stipulent d'une troisième cent écus d'or, mais de telle façon que chacune d'elles pourra exiger du débiteur la totalité de la dette, et que le paiement des cent écus

(1) *Sic*, MM. Ortolan, t. III, p. 467, n° 1260 : Demangeat, t. II, p. 189; Namur, 2e édit., t. II, § 507, p. 308. — Suivant M. Mayne, *Cours de dr. rom.*, t. II, § 334, p. 330, texte et note 11, les *condictiones incerti* peuvent, selon la nature de l'objet de la prestation, former une obligation de droit strict ou de bonne foi.

d'or fait à un seul des créanciers libère le débiteur à l'égard de l'autre (1). Réciproquement, deux promettants s'engagent à payer à un même stipulant cent écus d'or, mais de telle sorte que chacun d'eux puisse être poursuivi pour la totalité de la dette, comme s'il était seul obligé et que cependant le paiement fait par l'un procurera immédiatement à l'autre sa libération. Dans ces deux cas il y a obligation corréale, *duo rei stipulandi* et *duo rei promittendi*.

Observation. — La non-corréalité est la règle, la corréalité est l'exception. Il faut donc, pour qu'une obligation corréale prenne naissance, une manifestation non équivoque de la volonté des parties (L. 2, § 2, D., *De duob. reis*, liv. XLV, tit. II).

Des différentes manières dont les obligations corréales prennent naissance. — L'obligation corréale peut exister soit dans une stipulation, soit en dehors de toute stipulation :

Dans une stipulation l'obligation corréale résulte de la formule même que les parties auront employée. Ainsi *Primus* et *Secundus* voulant être *correi stipulandi* de *Tertius* pour cent écus d'or, *Primus*, s'adressant à *Tertius*, lui dira : *Spondesne mihi dari centum* (me promets-tu cent écus d'or) ? puis, avant que *Tertius* ait répondu, *Secundus*, de son côté, dira à *Tertius* : *Spondesne mihi eosdem centum aureos dari* (me promets-tu les mêmes cent écus d'or) ? Après quoi le débiteur répond à la fois aux deux stipulants : *Utrique vestrum dare spondeo* (je promets cet cent écus d'or à l'un et à l'autre). Il n'y a dans l'espèce qu'une seule obligation ; les deux stipulations ne forment pour ainsi dire qu'un seul faisceau. Au contraire, si *Tertius* répond d'abord à *Primus*, et qu'ensuite, sur l'interrogation de *Secundus*, il lui réponde également,

(1) Voy., à cet égard, M. Demangeat, *Des obligations solidaires en dr. rom.*, p. 4.

il y aura deux obligations distinctes, et non pas obligation corréale (*alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse*. Inst., *pr.*, liv. III, tit. XVI). Réciproquement, si *Primus* et *Secundus* veulent être *correi promittendi* de *Tertius*, ce dernier interroge successivement *Primus* et *Secundus* : *Primus*, me promets-tu cent écus d'or ? *Secundus*, me promets-tu les mêmes cent écus d'or ? *Primus* et *Secundus* répondent séparément : Je les promets (1). (L. 4, D., *De duob. reis*, liv. XLV, tit. II). Il résulte de l'accomplissement de ces formalités que la présence de tous les stipulants et de tous les promettants en un même lieu et au même moment est nécessaire.

En dehors de toute stipulation, l'obligation corréale peut résulter même des contrats de bonne foi, tels que la vente, le louage, le dépôt, le commodat ; seulement comme la corréalité ne se présume pas, il faut prouver que l'intention des parties a été d'établir une obligation corréale (L., 9, *pr.*, D., *De duob. reis*, liv. XLV, tit. II) (2).

Dans le *mutuum*, l'obligation corréale peut naître d'un simple pacte (LL. 5, 9, 12, C., *Si cert. pet.*, liv. IV, tit. II).

De même, l'obligation corréale peut naître d'un testament, lorsque le testateur s'est exprimé clairement à ce sujet : par exemple, le testateur ayant institué *Primus* et *Secundus* ses héritiers, ajoute : Que *Primus* ou *Secundus* donne cent écus à *Mœvius* (L. 9, *pr.*, D., *De duob. reis*, liv. XLV, tit. II).

L'obligation corréale résulte de l'expensilation, comme de la stipulation (L. 9, *pr.*, D., *De pact.*, liv. II, tit. XIV).

La solidarité peut exister de plein droit dans des obligations qui naissent comme d'un contrat. *Exemple :* plusieurs tuteurs ou curateurs auxquels l'administration des biens d'un mineur de vingt-cinq ans a été confiée sans qu'il y ait eu entre eux division de cette administration, sont responsables solidairement de leur gestion (L. 55, *pr.*, D., *De admin. et peric. tut.*, liv. XXVI, tit. VII).

(1) *Sic*, M. Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. II, n. 547, p. 342.
(2) Comp. M. Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. II, § 271, p. 59, note 10.

La solidarité peut enfin résulter d'un délit, entre codélinquants; quelquefois même elle est produite par l'action noxale, par exemple, lorsque l'animal ou l'esclave qui a causé le dommage appartient à deux propriétaires : chacun d'eux peut être poursuivi pour la totalité (L. 14, § 15, L. 15, D., *Quod met. caus.*, liv. IV, tit. II).

Des effets de l'obligation corréale. — Ces effets doivent être étudiés à des points de vue divers : au point de vue des rapports de créanciers à débiteur, et de débiteurs à créancier, de costipulants entre eux ou de copromettants entre eux.

Des rapports de créanciers à débiteur. — Dans le cas de plusieurs costipulants (*duo pluresve rei stipulandi*) : — 1° Chacun d'eux peut agir contre le débiteur commun pour le tout (*in soludum*); mais, du moment que l'un d'eux a agi, c'est entre les mains du créancier poursuivant que le débiteur doit payer (L. 16, D., *De duob reis*, liv. XLV, tit. II; L. 31, § 1, D., *De novat.*, liv. XLI, tit. II). — 2° La chose est due en totalité à chacun de ceux qui l'ont stipulée, mais elle n'est due qu'une seule fois. Aussi le paiement fait à l'un des costipulants libère le débiteur, non-seulement envers celui qui le reçoit, mais envers tous les costipulants de celui-ci (Instit., § 1, liv. III, tit. XVI) (1). — 3° Le costipulant qui interrompt la prescription, l'interrompt dans l'intérêt des autres créanciers (L. 5, C., *De duob. reis*, liv. VIII, tit. XL). — 4° S'il se fait donner une hypothèque ou toute autre sûreté, cette garantie profite à tous.

Des rapports de débiteurs à créancier. — Dans le cas de plusieurs copromettants (*duo pluresve rei promittendi*) :

(1) C'est un point controversé que celui de savoir si le constitut fait par un débiteur commun avec l'un des créanciers équivaut au paiement de la dette et anéantit le droit des autres créanciers. V. pour l'affirmative, M. Demangeat, *Obligat. solid.*, p. 84 et suiv; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. II, n. 549, p. 349, texte et note 2; *Confér. sur les Pandect.*, 13 déc. 1873, *à son cours*; — et pour la négative, M. de Savigny, *Le droit des oblig.*, 2e édit., t. I, p. 185 et 186 (traduct. de MM. Gérardin et Jozon).

— 1° chacun d'eux peut être actionné par le créancier commun pour la totalité de la dette (*in solidum*), comme s'il était seul obligé. Le créancier qui a choisi l'un des *rei promittendi* peut-il diriger son action contre les autres au cas où il n'aurait pas été payé intégralement ? Selon l'ancien droit romain et sous le système de la procédure formulaire, le créancier qui avait intenté son action dans la forme d'un *judicium legitimum* contre l'un des *rei promittendi* ne pouvait plus poursuivre les autres débiteurs corréaux. Ceux-ci, en effet, se trouvaient libérés par suite de la novation contenue dans la *litis contestatio :* et ils étaient libérés *ipso jure* (L. 16, *De duob. reis*, liv. XLV, tit. II). Dans les actions qui formaient un *judicium imperio continens*, le créancier qui avait dirigé son action contre l'un des *rei promittendi* pouvait agir contre les autres; mais ceux-ci avaient, pour repousser sa demande, une exception dite *rei in judicium deductæ*. L'obligation corréale n'était éteinte que *exceptionis ope* (L. 51, § 4, D., *De evict.*, liv. XXI, tit. II). Justinien a décidé, par une constitution insérée au Code (L. 28, *De fidejuss.*, liv. VIII, tit. XLI), que les poursuites dirigées contre l'un des *rei promittendi* n'empêcheraient pas le créancier d'agir contre les autres jusqu'au paiement intégral de la dette; — 2° la chose est due en totalité par chacun de ceux qui l'ont promise, mais elle n'est due qu'une seule fois. En conséquence, le paiement fait par l'un des copromettants libère en même temps et celui qui le fait et tous ses *correi promittendi* (Instit., § 1, liv. III, tit. XVI); — 3° le créancier qui dirige des poursuites contre l'un des *rei promittendi* interrompt la prescription, non pas seulement à l'égard du débiteur poursuivi, mais à l'égard de tous les *rei promittendi;*— 4° si la chose due, étant un corps certain, vient à périr par le fait (*facto*) de l'un des *rei promittendi*, l'obligation est conservée à l'égard de tous les *rei promittendi*, en ce sens que chacun d'eux est tenu solidairement de payer, à la place de la chose qui a péri,

une somme représentative de sa valeur (L. 18, D., *De duob. reis*, liv. XLV, tit. II). Il n'en est pas de même, lorsque la chose périt après la demeure (*mora*) de l'un des *rei promittendi*. Les autres *rei promittendi* se trouvent libérés (L. 173, § 2, D., *De reg. jur.*, liv. L, tit. XVII; L. 32, § 4, D., *De usur.*, liv. XXII, tit. I).

Des rapports des costipulants entre eux. — Il faut distinguer s'il y a ou non société entre les *rei stipulandi* : — 1° *il y a société*, alors celui des créanciers corréaux qui a seul reçu le paiement en doit compte aux autres *correi stipulandi* par l'action *pro socio*. Le bénéfice qu'il en retire se partage donc entre tous les *correi stipulandi*, par portions égales, à moins qu'il n'ait été, pas des arrangements particuliers, attribué à chacun d'eux pour des parts inégales (L. 62, *pr.*, D., *Ad leg. Falc.*, liv. XXXV, tit. II). De même, si l'un des créanciers corréaux n'avait eu aucun intérêt personnel dans la stipulation, et qu'il eût stipulé avec un autre dans l'intérêt de celui-ci et en vertu d'un mandat ou d'une gestion d'affaires, il sera tenu, au cas où il aura touché le montant de la créance, d'en rendre compte à l'autre *correus stipulandi* par l'action de mandat ou de gestion d'affaires ; — 2° *il n'y a pas de société*, il n'existe non plus aucune relation de mandat ou de gestion d'affaires entre les *rei stipulandi*, alors celui des *rei stipulandi* qui a touché seul le montant de la créance n'est pas tenu d'en partager le bénéfice avec les autres costipulants (L. 62, *pr.*, D., *eod.*).

Des rapports des copromettants entre eux. — La même distinction est ici nécessaire : — 1° il y a société entre les *correi promittendi*, alors le copromettant qui a payé la dette en totalité a un recours par l'action *pro socio* contre les autres pour les contraindre à supporter leur part de dette (L. 34, D., *De recept.*, liv. IV, tit. VII). De même, si le débiteur *correalis* qui a payé la dette ne s'était obligé qu'en vertu d'un mandat ou d'une gestion d'affaires et dans l'intérêt exclusif des autres *correi promittendi*, il

pourra agir contre eux par l'action de mandat ou de gestion d'affaires à l'effet de se faire rembourser l'intégralité de la dette par lui acquittée; — 2° il n'y a ni société, ni mandat, ni gestion d'affaires entre les *correi promittendi*, alors le copromettant qui a payé la dette en totalité ne peut pas exercer de recours contre ses copromettants; car en acquittant l'obligation, il n'a fait que sa propre affaire et non celle des autres (L. 7, D., *De stc. Macedon.*, liv. XIV, tit. VI). La rigueur de ce principe, qui est une conséquence du droit strict et formaliste de la stipulation, a été considérablement atténuée par la concession du bénéfice *de cession d'actions* (1) faite au codébiteur tenu de payer toute la dette. — Quant à la question de savoir si l'un des *correi promittendi* pouvait opposer au créancier le bénéfice *de division*, on la résout généralement dans le sens de la négative (2).

Des modalités qui peuvent affecter une obligation corréale. — Il est de l'essence de la dette corréale que toutes les obligations dont elle se compose aient la *même chose* pour objet (*una res vertitur*. Instit., § 1, liv. III, tit. XVI); mais il n'est pas nécessaire que chaque *correus promittendi* la doive de la *même manière*. Chacun doit promettre la même chose, mais chacun d'eux peut la promettre différemment : l'un purement et simplement, l'autre à terme ou sous condition. (Instit., § 2, *eod.*); et le terme ou la condition apposés à l'obligation des uns n'empêche pas le créancier de poursuivre immédiatement celui dont l'obligation est pure et simple (Instit., § 2, *eod.*).

(1) Nous croyons, avec la plupart des interprètes, que la cession des actions pouvait être exigée même par le *correus promittendi* non associé (L. 65, D., *De evict.*, liv. XXI, tit. II; L. 2, C., *De ruob. reis*, liv. VIII, tit. XL). — L'opinion contraire est toutefois professée par M. Accarias, t. II, n. 551, p. 323 et 324. — Voy., sur le bénéfice de cession d'actions, *infrà*, tit. XX, p. 421-2°.

(2) *Sic*, MM. Demangeat, t. II, p. 270; Maynz, t. II, § 271, p. 61, note 19, et § 348; p. 413, note 25. — Voy., au surplus, sur le bénéfice de division, *infrà*, tit. XX, p. 421-1°.

TITRE XVII

De la stipulation des esclaves

Principes généraux.

Premier principe.—L'esclave n'a dans le droit civil romain aucune capacité juridique *ex persona sui*. Il ne compte pour rien; il est traité comme une chose.

Deuxième principe. — L'esclave peut, dans certains cas, figurer valablement dans un acte juridique, en empruntant la *persona* de son maître. Ainsi il peut acquérir ou stipuler *ex persona domini*, et la stipulation qu'il fait ainsi est valable et profite au maître comme si celui-ci en avait lui-même prononcé les paroles. L'esclave n'est donc en quelque sorte que l'instrument, l'organe de son maître.

Troisième principe. — L'esclave qui peut emprunter la capacité de son maître pour l'enrichir, lui procurer une acquisition, et figurer pour lui dans une stipulation comme stipulant, ne peut, d'après la rigueur du droit civil, ni s'obliger, ni obliger son maître (*Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior non potest*. L. 133, D., *De regul. iur.*, liv. L, tit. XVII).

De ces principes découlent plusieurs conséquences :

1° Le maître ne peut pas retirer à l'esclave la capacité d'acquérir; il profite de la stipulation faite par son esclave même malgré lui (Instit., § 3, liv. II, tit. IX).

2° L'esclave qui stipule pour une personne autre que son maître, ne fait rien de valable (*nihil agit*) (Instit., § 4, liv. III, tit. XIX).

3° L'esclave qui stipule, soit pour son maître, soit pour lui-même, ou pour son co-esclave, ou sans désignation de personne, acquiert à son maître la créance qui résulte de la stipulation (Instit., § 1, liv. III, tit. XVII). Toutefois, si la stipulation était de telle nature qu'elle ne pût profi-

ter qu'à l'esclave personnellement, elle serait nulle; par exemple, l'esclave stipule pour lui un droit (*jus sibi eundi*): cette stipulation est nulle, car l'esclave ne peut pas avoir un droit. Mais si l'esclave stipule pour lui un fait (*factum*) : par exemple, qu'il lui sera permis de passer par le terrain du promettant (*ut sibi ire, agere liceat*), cette stipulation est valable. Le maître profitera de cette stipulation en ce sens qu'il pourra faire passer son esclave, et agir, par l'action résultant de la stipulation (*ex stipulatu*) contre le promettant, si ce dernier s'oppose au passage de l'esclave. Cependant le promettant qui ne s'est obligé à laisser passer que l'esclave peut refuser le passage même au maître de cet esclave (Instit., § 2, *eod.*).

Du servus communis.

En principe. — L'esclave qui appartient à plusieurs maîtres (*servus communis*) et qui fait une stipulation, acquiert à tous ses maîtres et à chacun, proportionnellement au droit qu'ils ont sur lui, le bénéfice de la stipulation (1). — Ce principe s'applique même au cas où l'esclave aurait stipulé *ex re unius domini*, en employant dans l'opération un capital propre à l'un seulement de ses maîtres. La créance appartiendra à tous les maîtres sans distinction. Seulement celui qui a fourni le capital aura un recours contre les autres pour rentrer dans ses déboursés (L. 28, § 1, D., *De stipul serv.*, liv. XLV, tit. III).

Exception à ce principe.

1° L'esclave a stipulé par l'ordre d'un seul de ses maîtres (*jussu unius eorum*). A qui appartiendra la créance? Il y a eu controverse sur ce point. L'opinion adoptée par Justinien est celle des Sabiniens, professée par Julien et combattue par les Proculiens. Elle attribue le bénéfice de la stipulation uniquement et pour le tout au maître qui en aura donné l'ordre (Instit., § 3, liv. III, tit. XVII).

(1) Voy., sur cette matière, M. Villequez, *De l'esclavage chez les Romains*, Rev. hist. de dr. franç. et étrang., t. X, p. 220 et suiv.

2° L'esclave a stipulé nominativement (*nominatim*) pour un de ses maîtres. Dans ce cas, la créance appartiendra exclusivement au maître désigné dans la stipulation (Instit., § 3, *eod.*).

3° L'esclave stipule la dation d'une chose qui appartient déjà à l'un de ses maîtres (*si res quam dari stipulatus est unius domini sit*), alors le maître, déjà propriétaire, n'aura aucun droit dans cette créance qui appartiendra pour le tout aux autres maîtres (Instit., *ibid.*).

Du servus hereditarius.

Définition. — Le *servus hereditarius* est l'esclave qui appartient à une hérédité jacente.

Principe. — L'hérédité, jusqu'à l'adition, représente la personne du défunt (*personæ defuncti vicem sustinet*). Relativement à la capacité dont jouit l'esclave pour contracter et pour acquérir, le défunt est censé n'avoir pas cessé de vivre. — C'est d'après ce principe que toutes les stipulations faites par l'esclave, dans l'intervalle entre le décès du maître et l'adition d'hérédité, profitent à la masse héréditaire et, par suite, à l'héritier qui recueillera l'hérédité (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XVII).

Restrictions à ce principe : — 1° L'hérédité jacente ne représente pas le défunt relativement à un droit d'usufruit ou d'usage dont la constitution exige nécessairement l'existence d'une personne physique. L'esclave héréditaire ne pourra donc pas stipuler valablement un droit d'usufruit ou d'usage (L. 26, D., *De stip. serv.*, liv. XLV, tit. III). — 2° L'hérédité jacente ne saurait non plus représenter le défunt à l'effet d'autoriser l'esclave à accepter une hérédité qui lui serait advenue pendant la jacence. L'esclave qui a besoin, pour faire cette acquisition, d'un *jussus*, d'un ordre, devra attendre l'adition de l'héritier qui deviendra son nouveau maître.

Quid du cas où le servus hereditarius stipule pour l'héritier futur nominativement? — Il y a ici deux distinctions nécessaires : — 1° l'héritier futur ne fait pas adition, par

exemple, il renonce à l'hérédité. Alors la stipulation faite par l'esclave héréditaire est absolument nulle. En effet, l'héritier qui a renoncé est toujours resté étranger à l'hérédité. L'esclave a donc stipulé pour une personne autre que son maître; — 2° l'héritier futur fait adition, il accepte l'hérédité; la stipulation faite en son nom par l'esclave *ante aditam hereditatem* sera-t-elle valable? Il y avait sur ce point une vive controverse. L'opinion de Cassius et des Sabiniens combattue par les Proculiens a fini par prévaloir; elle déclare la stipulation valable et efficace (L. 16, L. 18, § 2, L. 28 § 4, L. 35, D., *De stip. serv.*, liv. XLV, tit. III).

De l'esclave d'autrui ou de l'homme libre possédé de bonne foi comme esclave.

Celui qui possède un homme libre comme esclave à juste titre et de bonne foi ou l'esclave d'autrui acquiert les créances qui résultent du fait de cet homme libre ou de cet esclave d'autrui *ex duabus causis*, savoir: — 1° *ex operibus servi*, lorsque, par exemple, l'esclave a loué ses services à un tiers, il devient créancier d'un salaire: cette créance est acquise au possesseur de bonne foi; — 2° *ex re possessoris*, lorsqu'avec une chose, une valeur que le possesseur met à la disposition de l'esclave, celui-ci acquiert des droits; ces droits sont acquis au possesseur. Par exemple: l'esclave a vendu une chose appartenant à celui qui le possède de bonne foi, le possesseur de l'esclave acquiert contre l'acheteur la créance du prix de vente (Instit., § 1, liv. III, tit. XXVIII).

Dans les deux mêmes cas, on acquiert également par l'esclave dont on est usufruitier (Instit, § 2, *eod.*). Quant à celui qui a l'*usage* d'un esclave, il faut dire, malgré la décision des Institutes (*ibid.*), qu'il ne peut acquérir par l'esclave que les créances qui proviennent *ex re sua* (Gaïus, C. III, §§ 164, 165; L. 14, D., *De usu*, liv. VII, tit. VIII), et non celles qui proviennent *ex operibus servi*.

TITRE XVIII

De la division des stipulations

Les stipulations se divisent en *conventionnelles, judiciaires, prétoriennes* et *communes*, c'est-à-dire, tant judiciaires que prétoriennes (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XVIII).

Des stipulations conventionnelles. — Les stipulations conventionnelles sont celles qui interviennent, sans l'autorité du préteur ou du juge, par l'effet libre et spontané de la volonté des parties. Il y en a une variété infinie, autant d'espèces différentes que d'obligations à contracter. Aussi est-il impossible d'en donner l'énumération complète (Instit., § 3, *eod.*).

Des stipulations judiciaires. — Les stipulations judiciaires (1) sont celles que le juge ordonne et peut seul ordonner (*quæ a mero judicis officio proficiscuntur*) (Instit., § 1, *eod.*).

Exemples de stipulations judiciaires. — Les Institutes nous citent deux exemples de stipulations judiciaires, savoir : la *cautio de dolo* et la *cautio de persequendo servo qui in fuga est, restituendove pretio.* — Le mot *cautio* a un sens très-large ; il désigne toute espèce de *sûretés*, de *garanties*. Ici il indique une promesse, faite par le débiteur dans une stipulation, à l'effet de garantir le créancier contre les

(1) Il faut bien se garder de confondre en droit romain le magistrat avec le juge. Le magistrat est un *fonctionnaire permanent*, chargé de l'administration de la justice. Le juge est un *citoyen* qui reçoit du magistrat une mission *spéciale* et *accidentelle* pour statuer sur un procès déterminé, et qui après le procès rentre dans la masse des particuliers.

suites d'un dol qui pourrait lui préjudicier (Instit., § 1. *eod.*).

1° *Cautio de dolo.* — Je revendique contre *Titius* une chose qui m'appartient. Le juge reconnaît mon droit de propriété, et ordonne à *Titius* de me restituer la chose. Si *Titius* obtempère à cet ordre, il sera absous, c'est-à-dire libéré de toutes les suites de l'action que j'ai intentée contre lui. Cependant il peut se faire que, par esprit de vengeance, ou par une intention frauduleuse quelconque, *Titius* détériore la chose, si, par exemple, il s'agit d'un esclave, qu'il l'empoisonne avant de me le restituer. Pour obvier à cet inconvénient, le juge, au moment même où il ordonne la restitution de l'esclave, impose à *Titius* l'obligation de *cavere de dolo*, c'est-à-dire lui fait promettre qu'il n'a commis ni ne commettra aucun dol (*dolum abfuisse abfuturumve*), et que, s'il en commet, il m'indemnisera. Alors, si plus tard on découvrait que l'esclave restitué avait été endommagé par le dol de *Titius*, ce dernier était tenu de me donner une indemnité par la *condictio* résultant de la stipulation (L. 9, § 7, D., *Quod metus causa*, liv. IV, tit. II).

2° *Cautio de persequendo servo restituendove pretio.* — Je revendique un esclave contre *Titius* qui, *inter moras litis*, devient propriétaire de l'esclave par l'usucapion. Mais, pendant le procès, l'esclave prend la fuite, de telle sorte que *Titius* se trouve dans l'impossibilité de restituer ce qu'il ne possède plus. Trois hypothèses peuvent se présenter. — *Première hypothèse : Titius* qui possédait l'esclave en a par méchanceté favorisé la fuite, il commet un dol. La *cautio de dolo* ne trouvera pas ici son application. En effet, *Titius* sera condamné à me payer, pour équivalent du dommage qu'il me cause, une somme que je fixerai moi-même sur la foi du serment (L. 22, D., *De rei vind.*, liv. VI, tit. I.). — *Deuxième hypothèse :* il n'y a ni dol ni faute de la part de *Titius ;* dans ce cas celui-ci sera seulement tenu de me céder toutes les actions qu'il pourra avoir

relativement à cet esclave (L. 21, D., *eod.*). La *cautio de dolo* ne trouve pas encore ici son application (1). — *Troisième hypothèse :* la fuite de l'esclave n'est pas imputable à dol à *Titius*, mais seulement à faute. Il est possible, en effet, que *Titius* ait manqué de précaution, de diligence. Dans ce cas, comme *Titius* est propriétaire de l'esclave et que lui seul peut, en cette qualité, le poursuivre et le réclamer entre les mains des tiers, il devra, pour être absous, s'engager par promesse faite sur ma stipulation, à rechercher l'esclave pour me le rendre, ou, s'il ne réussit pas à le retrouver, à m'en payer la valeur. C'est là ce que l'on nomme la *cautio de persequendo servo restituendove pretio* (L. 21, D., *eod.*).

Des stipulations prétoriennes. — Les stipulations prétoriennes sont celles qui ont lieu et ne peuvent avoir lieu qu'en vertu de l'ordre du préteur (*quæ a mero prætoris officio proficiscuntur*). Telles sont les stipulations dites *damni infecti* et *legatorum*. On comprend, sous la dénomination de stipulations prétoriennes, les stipulations édilitiennes : *nam et hæ a jurisdictione veniunt* (Instit., § 2, *eod.*).

1° *Cautio damni infecti.* — La *cautio damni infecti* (de dommage imminent) avait lieu dans l'hypothèse suivante : supposez que ma maison menace ruine. Si elle tombe sur la propriété de mon voisin et lui cause du dommage, je pourrai, en abandonnant les matériaux de ma maison écroulée, me soustraire à l'obligation de réparer le mal. En effet, le principe rigoureux du droit civil romain est que les choses qui nous appartiennent ne doivent pas nous nuire au delà de leur valeur réelle (L. 7, § 1, D., *De*

(1) *Sic*, MM. Demangeat, t. II, p. 251 ; Labbé et Gide, *à leurs cours*.— Toutefois, M. Pellat est d'un avis contraire. Il enseigne, en effet, dans son *Commentaire du livre VI des Pandectes*, p. 203, qu'il y a lieu, dans notre hypothèse, c'est-à-dire au cas où le défendeur n'a commis ni dol ni faute, à l'application de la *cautio de persequendo servo restituendove pretio*. Telle nous paraît être aussi l'opinion de M. Ortolan, t. III, p. 489, n° 1315.

damno infecto, liv. XXXIX, tit. II). Mais le préteur a corrigé ce principe dont les conséquences étaient injustes (1). Il autorisait le voisin menacé de l'écroulement de ma maison à me faire citer devant lui, et, en vertu de son autorité, il me forçait à garantir à mon voisin, par ma simple promesse (*nuda repromissio*) ou par celle d'un fidéjusseur (*satisdatio*), la réparation de tout le dommage futur possible. Cette stipulation s'appelait *stipulatio* ou *cautio damni infecti*.

Si je refusais de donner la garantie demandée, le préteur envoyait mon voisin en possession de ma maison. Cet envoi en possession se faisait par décret : il n'autorisait pas le voisin à m'expulser de mon immeuble, mais seulement à venir s'installer avec moi dans ma maison. Ce qui était pour moi un ennui, une gêne, et avait été imaginé à l'effet de me contraindre à fournir la *cautio damni infecti*. Si elle était fournie, l'effet de l'envoi en possession provisoire s'évanouissait. Mais si je m'obstinais toujours, le préteur, par un nouveau décret, prononçait un nouvel envoi en possession. En vertu de ce second décret, la propriété de ma maison était transférée au voisin qui avait ma chose *in bonis ejus* et pouvait arriver au *dominium ex jure Quiritium* par l'usucapion (L. 15, §§ 11, 15, 16, 20, 30, D., *De damn. infect.*, liv. XXXIX, tit. II).

2° *Cautio legatorum*. — La *cautio legatorum* avait lieu dans l'hypothèse suivante : je suis légataire en vertu d'un legs qui m'a été fait à terme ou sous condition ; je ne puis par conséquent actionner l'héritier en exécution immédiate de ce legs. Mais j'ai le droit de m'adresser au préteur, qui ordonnera à l'héritier de me promettre d'exécuter le legs lors du *dies venit* et de garantir sa promesse par des fidéjusseurs. Cette garantie avait pour but de me protéger contre

(1) La *cautio damni infecti* n'a plus d'utilité en droit français. L'art. 1386 du Code civil porte que « le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. »

les dissipations de l'héritier qui pouvait devenir insolvable avant l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition (L. 5, D., *Ut in possess. legat. vel fideic.*, liv. XXXVI, tit. IV).

Si l'héritier ne voulait pas donner satisdation au légataire, celui-ci était envoyé en possession de tous les biens héréditaires. Mais cet envoi en possession ne donnait jamais au légataire la propriété bonitaire de ces biens; le légataire restait toujours un simple gardien. (*Missus in possessionem, nunquam pro domino esse incipit: nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur.* L. 5, *pr.*, *D.*, *eod.*).

Stipulationes ædilitiæ. — Les édiles intervenaient aussi pour ordonner certaines stipulations; notamment, pour faire promettre au vendeur d'un esclave ou d'un animal, que cet esclave ou cet animal était exempt de vices rédhibitoires. (L. 1, § 1, D., *De ædil. edict.*, liv. XXI, tit. I).

Des stipulations communes. — Les stipulations communes sont celles qui peuvent être ordonnées tant par le préteur (*in jure*) que par le juge (*in judicio*). Les Institutes nous citent deux exemples de stipulations communes, ce sont : les stipulations *rem pupilli salvam fore* et *de rato*.

1° *Rem pupilli salvam fore.*—La loi imposait à certains tuteurs, au moment où ils entraient en fonctions, l'obligation de fournir au pupille une *satisdation*, c'est-à-dire de présenter des fidéjusseurs qui s'engageaient, suivant certaines formalités, à répondre de la bonne administration de ces tuteurs (1). Régulièrement le soin d'ordonner cette satisdation entrait dans les attributions du préteur. Mais supposons qu'un tuteur qui doit fournir caution ne l'ait pas fournie, soit parce que le préteur a négligé de lui en imposer la nécessité, soit parce qu'on lui a laissé ignorer cette circonstance. Qu'arrivera-t-il, si ce tuteur poursuit un débiteur du pupille, et le traduit, en vertu d'une action, *in judicio?* Le juge, sur la demande du débiteur,

(1) Voy. *suprà*, liv. I, tit. XXIV, p. 106 et suiv.

doit interposer son autorité pour contraindre le tuteur à fournir la *cautio rem pupilli salvam fore*. Cela est tellement important que la sentence rendue contre un tuteur, plaidant pour son pupille, avant la satisdation, ne produirait aucun effet (L. 3, C., *De tutor. vel curat. qui satis non dedit*, liv. V, tit. XLII).

2° *Cautio de rato.* — La stipulation *de rato* avait lieu dans l'hypothèse suivante : *Titius* intente contre moi une action au nom et dans l'intérêt de *Séius* qui est absent. Il agit donc comme *procurator* de *Séius*. L'instance ne créant d'obligations qu'entre les parties qui y ont figuré, il est à craindre que plus tard *Séius* ne refuse de reconnaître les actes accomplis par son mandataire, et n'intente contre moi une nouvelle action pour la même affaire (*ne iterum dominus de eadem re experiatur*). Pour remédier à cet inconvénient, je puis contraindre le *procurator* à me garantir soit par sa simple promesse, soit par fidéjusseurs, que le mandant ratifiera ses démarches et le procès qu'il a intenté contre moi (*ratam rem dominum habiturum*. Gaïus, C. IV, § 98). Si, une fois de retour, *Séius* renouvelle contre moi le même procès, j'aurai un recours contre le *procurator*, et s'il y a eu des fidéjusseurs, contre les fidéjusseurs, lorsque le *procurator* est insolvable. Cette *cautio de rato* est ordinairement ordonnée par le préteur; exceptionnellement elle peut être prescrite par le juge.

TITRE XIX

Des stipulations inutiles

Définition. —On entend par *stipulations inutiles* (*inutiles, nullius momenti*) celles qui sont inefficaces et ne produisent aucun lien, d'après les règles mêmes du droit civil.

Des causes principales de nullité.

La nullité d'une stipulation peut tenir à quatre causes principales, savoir : — à l'objet ; — à l'incapacité des parties ; — à la forme ; — aux modalités.

I. DE L'OBJET.

Il n'existe point d'obligation sans objet. L'objet de l'obligation est la chose qu'on promet de donner, de livrer ou de faire. Tout ce qui a une utilité pour l'homme peut faire l'objet d'une obligation (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XIX.)

L'objet de la stipulation doit : — 1° être existant ou pouvoir exister ;—2° être dans le commerce des hommes, en général ;— 3° être dans le commerce du stipulant, en particulier ;— 4° être licite, non réprouvé par les lois et les bonnes mœurs.

1° L'objet de la stipulation doit être *existant* ou doit *pouvoir exister*. Est donc inutile la stipulation dans laquelle on stipule une chose qui a existé, mais qui n'existe plus, par exemple : l'esclave *Stichus*, que l'on croyait vivant et qui est mort depuis peu ; ou bien une chose qui n'a jamais existé et qui ne peut pas exister, par exemple, un hippocentaure (Instit., § 1, *eod.*).

Mais si la chose promise, quoique n'existant pas, est susceptible d'exister, comme les fruits à venir sur un champ désigné, un esclave à naître, etc., la stipulation n'est pas nulle ; seulement l'exécution n'en pourra être exigée que lorsque la chose stipulée aura acquis l'existence, par exemple, lorsque les fruits auront été produits, que l'esclave sera né (L. 75, D., *De verb. oblig.*, liv. XLV, tit. I).

2° L'objet de la stipulation doit être *dans le commerce des hommes*. Cette condition a besoin d'être étudiée à deux points de vue : — ou bien, au moment même de la stipulation, l'objet est hors du commerce ;—ou bien il est

à ce moment dans le commerce, mais plus tard il est mis hors du commerce.

L'objet est hors du commerce au moment où intervient la stipulation : par exemple, on stipule une chose sacrée (*rem sacram*) ou religieuse (*religiosam*) que l'on regardait comme profane (*quam humani juris esse credebat*), ou bien une chose publique (*publicam*) destinée à l'usage perpétuel du peuple, comme un forum, un théâtre, un homme libre que l'on croyait esclave. Il y a nullité radicale. La stipulation est nulle faute d'objet, et, quoi qu'il arrive, elle ne pourra jamais avoir d'effet. Ainsi une chose hors du commerce au moment où intervient la stipulation peut devenir plus tard susceptible de propriété privée : par exemple, un terrain sacré ou public peut cesser de l'être, un homme libre devenir esclave. Bien plus, les parties ont peut-être même prévu cet événement, et stipulé conditionnellement pour le cas où le terrain sacré ou public deviendrait privé, ou bien pour le cas où l'homme libre tomberait en esclavage. Que la stipulation soit pure et simple, ou à terme, ou même conditionnelle, peu importe ; la stipulation est frappée de nullité dès sa naissance (*protinus inutilis est*) ; elle reste improductive, quels que soient les événements postérieurs (Instit., § 2, *eod.*).

L'objet est dans le commerce au moment de la stipulation, mais postérieurement il est mis hors du commerce : par exemple, si le fonds promis est devenu sacré ou religieux, si l'esclave est devenu libre. La stipulation est éteinte (*extinguitur stipulatio*). Le promettant se trouve libéré ; il n'est même pas tenu de payer l'estimation de la chose. Mais pour cela il faut que l'événement soit arrivé non-seulement sans la faute, mais même sans le fait du promettant (*sine facto promissoris*) (Instit., § 2, *eod.*).

3° Il ne suffit pas que l'objet de la stipulation soit dans le commerce des hommes en général, il faut encore qu'il soit *dans le commerce du stipulant en particulier ;* par exemple, un gouverneur de province stipule un immeuble

situé dans cette province; un hérétique, un juif ou un païen, stipule un esclave chrétien. Ces stipulations ne produisent pas d'effet, parce que la chose stipulée est hors du commerce à l'égard du stipulant (*cujus commercium non habuerit*) (Instit., § 2, *eod.*). — *Première observation :* il n'est pas nécessaire que l'objet de la stipulation soit dans le commerce du promettant: ainsi le gouverneur de province incapable de stipuler peut promettre un immeuble situé dans sa province. Cette stipulation est valable et productive d'obligation (Instit., § 2, *eod.*). — *Deuxième observation :* lorsque la chose stipulée ne se trouve pas hors du commerce du stipulant par sa nature (*natura sui*), d'une manière absolue, mais seulement à cause d'un obstacle temporaire, le stipulant peut se la faire promettre *conditionnellement* pour le cas où l'empêchement relatif à sa personne viendrait à disparaître. Ainsi, un gouverneur de province incapable de stipuler purement et simplement un immeuble situé dans sa province, peut se le faire promettre sous condition pour le cas où il n'occuperait plus ses fonctions. — De même, lorsque quelqu'un stipule qu'on lui donnera sa propre chose, cette stipulation est nulle, parce qu'il est impossible qu'il devienne propriétaire d'une chose qui est déjà sa propriété. Mais rien ne l'empêcherait de stipuler sa propre chose pour le cas où elle cesserait de lui appartenir (L. 82, *pr.*, L. 31, D., *De verb. obligat.*, liv. XLV, tit. I).

Quid du cas où celui qui a stipulé une chose qui ne lui appartient pas, en acquiert ensuite la propriété par une cause étrangère à cette stipulation? Le promettant se trouvera-t-il libéré, et la stipulation sera-t-elle dépourvue de tout effet? Il faut faire une distinction : — si le promettant avait promis la chose au stipulant par pure libéralité et que celui-ci fût ensuite devenu propriétaire gratuitement, par exemple en succédant comme héritier au propriétaire de la chose, la stipulation est nulle; et le promettant n'est tenu ni de donner la chose, ni d'en payer la

valeur. C'est l'application de cette règle bien connue: « *Duas lucrativas causas in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non posse.* » — Mais si le stipulant est devenu propriétaire à un titre onéreux, par exemple, en vertu d'un achat, la stipulation conservera son efficacité. Le promettant, se fût-il obligé par pure libéralité, devra, dans l'impossibilité de donner la chose, fournir au stipulant l'équivalent de la somme déboursée pour cette acquisition (L. 83, § 6, D., *eod.*).

Peut-on stipuler ou promettre pour autrui? La négative nous est enseignée par les Institutes (§§ 3, 4, *eod.*). En effet, celui pour lequel on stipule ou pour lequel on promet n'est pas intervenu au contrat; il ne peut ni en profiter ni en être tenu suivant l'axiome général : « *Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest.* » Au surplus, celui qui a stipulé pour un autre, n'ayant aucun intérêt à l'accomplissement de la promesse, ne peut pas avoir d'action (Instit., § 19, *eod.*). Quant à celui qui a promis pour un autre, il ne saurait être actionné puisqu'il n'a promis aucun fait personnel, rien qui dépendît de lui (Instit., § 21, *eod.*).

Mais la stipulation pour un tiers sera valable et efficace toutes les fois que le stipulant y aura un intérêt pécuniaire appréciable; un intérêt d'affection ne suffirait pas (1). Exemple : un cotuteur cédant à un autre l'administration de la tutelle stipule de lui *rem pupilli salvam fore*. La stipulation, quoique faite pour le pupille, est valable, car le tuteur y a intérêt, puisqu'il est responsable et tenu par l'action de tutelle de la mauvaise administration de son cotuteur. De même est encore plus évident l'intérêt de celui qui stipule qu'on donnera à son procureur ou à son créancier (Instit., § 20, *eod.*). — Enfin, dans les cas

(1) M. Accarias, t. II, n. 523, p. 264 et suiv., pense toutefois que, dans certains cas très-rares et tout à fait exceptionnels, le juge est autorisé à tenir compte d'un simple intérêt d'affection, lorsque cet intérêt d'affection ressort assez clairement de la nature et du but de l'opération pour n'avoir pu échapper à la personne avec qui on a contracté (L. 54, D., *Mandat.*, liv. XVII, tit. 1)

mêmes où le stipulant n'a aucun intérêt à l'exécution du contrat, la stipulation peut devenir efficace par l'addition d'une peine au profit du stipulant (Instit., § 19, *eod.*).

La stipulation : « *Mihi aut Seio dare spondes?* » est également valable (Instit., § 4, *eod.*). Ici, le stipulant acquiert seul la créance, seul il peut agir en justice, et obtenir une condamnation contre le promettant. Séius n'a donc pas d'action; c'est un mandataire chargé uniquement de recevoir le paiement de la dette. On le nomme *adjectus solutionis gratia* (Instit., *ibid.*) (1).

Si la promesse du fait d'autrui est en principe inefficace, il n'en est pas de même de celle par laquelle on s'oblige à faire donner ou à faire faire par le tiers (*effecturum se ut Titius daret.* Instit., § 3, *eod.*), ou à donner au nom du tiers (*Titii nomine te soluturum.* L. 97, § 1, D., *De verb. oblig.*, liv. XLV, tit. I). — Au surplus, la promesse même pure et simple du fait d'autrui est valable si l'on y ajoute une clause pénale (Instit., § 21, *eod.*) (2).

4° L'objet de la stipulation doit être *licite, non réprouvé par les lois ou les bonnes mœurs.* Est donc nulle la stipulation qui a pour objet un meurtre, ou un sacrilége (Instit., § 24, *eod.*).

II. DES INCAPACITÉS.

Les causes de nullité des stipulations qui tiennent à l'incapacité des parties peuvent se diviser en deux classes principales, savoir : — nullités qui résultent du défaut d'âge ; — nullités qui résultent des altérations accidentelles des facultés mentales.

Nullités qui résultent du défaut d'âge.

Durant l'*infantia*, l'incapacité est absolue. L'*infans* est incapable d'intervenir dans une stipulation soit à l'effet

(1) Le mandat donné à l'*adjectus* n'est pas, à la différence du mandat ordinaire, révocable à la volonté seule du mandant (L. 106, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III). C'est qu'en effet, l'adjection constitue pour le promettant un droit acquis qui ne peut lui être enlevé malgré lui.

(2) Comp., art. 1119 et 1120, C. civ.

de jouer le rôle qui le constituera créancier, soit à l'effet de jouer le rôle qui le constituera débiteur. En effet, pour contracter valablement, il faut avoir l'intelligence de ce que l'on fait. Or l'enfant ne diffère guère du fou, *quia hujus ætatis pupilli nullum habent intellectum* (Instit., § 10, *eod.*). Cette période d'incapacité complète dure jusqu'à l'âge de sept ans, suivant le sentiment général (1) (L. 18, C., *De jure delib.*, liv. VI, tit. xxx).

De 7 à 14 ans (âge de la puberté), il faut, pour déterminer la capacité de l'impubère, distinguer suivant que l'impubère est *sui juris* et *in tutela*, ou bien *alieni juris* et *in potestate patris*.

L'impubère *sui juris* et *in tutela* peut intervenir dans les actes juridiques, soit à l'effet de rendre sa *condition meilleure*, soit à l'effet de rendre sa *condition pire*.—Quand il fait sa *condition meilleure*, il peut agir seul, sans l'autorisation de son tuteur; et il fait sa condition meilleure toutes les fois qu'il acquiert un droit quelconque.—Quand il fait sa *condition pire*, il peut intervenir dans l'acte, mais avec l'assistance et l'autorisation de son tuteur; et il fait sa condition pire, toutes les fois qu'il s'oblige ou qu'il aliène, quoi qu'il puisse recevoir en retour de cette obligation ou de cette aliénation (2).

L'impubère *alieni juris* et *in potestate patris* ne peut intervenir dans un acte juridique qu'à l'effet d'acquérir un droit de créance qui passera sur la tête du père de famille. Quant à intervenir dans un acte juridique à l'effet de devenir débiteur, il ne le peut même pas avec le consentement du père de famille (Instit., § 10, *eod.*).

De 14 à 25 ans, le pubère a une capacité pleine et

(1) *Sic*, MM. de Savigny, *System*, t. III, §§ 106 et suiv.; Demangeat, t. II, p. 229; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. I, § 30, p. 177; Flach, *De la minorité*, p. 10 et 11; Goudsmit, *Cours de pandectes*, § 27, p. 56; Labbé, Machelard et Gide, *à leurs cours*. — Comp. M. Ortolan, t. III, p. 207, nos 1350 et suiv. — Suivant certains auteurs, il faudrait limiter l'*infantia* à la période dans laquelle l'*infans* ne peut pas encore parler (*fari non potest*) (L. 1, § 13, D., *De oblig., et act.*, liv. XLIV, tit. VII). Voy. notamment M. Ducaurroy, t. II, no 1303.

(2) Ci-dessus, liv. I, tit. XXI, p. 94 et suiv.

entière de contracter, soit à l'effet de devenir créancier, soit à l'effet de devenir débiteur. Seulement on lui a accordé certaines protections qui consistent : 1° dans la *restitutio in integrum*, en cas de lésion ; 2° dans l'assistance d'un curateur.

Après 25 *ans*, les majeurs sont pleinement capables, et ne sont plus protégés par la *restitutio in integrum* (1).

Nullités qui résultent des altérations accidentelles des facultés mentales.

L'homme atteint de folie, ou privé de raison, est absolument incapable de donner un consentement valable. Or il n'y a point de stipulation sans consentement. Toutefois, l'incapacité ne dure qu'autant que dure la folie. Si donc le fou se trouve dans un intervalle lucide, il peut valablement contracter. L'incapacité subit les mêmes intermittences que la folie (Instit., § 8, *eod.*). — Le prodigue interdit peut valablement stipuler, mais non promettre (L. 6, D., *De verb. oblig.*, liv. XLV, tit. I) (2).

III. DE LA FORME.

La stipulation est nulle, lorsqu'elle ne réunit pas les deux éléments suivants : — l'accord des parties dont l'une veut *stipuler* et l'autre *promettre ;* — l'accomplissement de certaines formes destinées à manifester cet accord.

1° L'*accord des parties.* — Il ne suffit pas que l'accord soit *apparent*, il faut qu'il soit *réel*. Par exemple, une stipulation intervient en vue d'un esclave. Chaque partie a prononcé le même nom *Stichus*, mais chacune avait dans l'idée deux esclaves différents du nom de *Stichus*. Bien que les parties aient eu l'intention de stipuler et de promettre, la stipulation sera nulle, parce qu'il n'y aura pas eu accord sur l'identité de l'objet promis ; il y aura eu

(1) Rappelons que les hommes à 20 ans et les femmes à 18 ans peuvent, par dispense d'âge (*venia ætatis*), être investis des droits des majeurs. V. *suprà*, p. 106.

(2) Les absents, les muets et les sourds ne peuvent ni stipuler, ni promettre, parce qu'il leur est matériellement impossible d'accomplir les solennités de la stipulation. — V. au surplus, *suprà*, liv. III, tit. XV, p. 386.

deux volontés, mais non concours de volontés. La stipulation manquera donc d'une des conditions essentielles à tout contrat (Instit., § 24, liv. III, tit. XIX).

2° *L'accomplissement de certaines formes destinées à manifester l'accord des volontés.* — Il ne suffit pas encore que les parties soient d'accord, il faut que cet accord se manifeste dans la forme d'une interrogation préalable et d'une réponse conforme. La stipulation est donc inutile, si la réponse ne concorde pas avec la demande : par exemple, je stipule de vous dix sous d'or, et vous ne m'en promettez que cinq, ou réciproquement. Il n'y a pas de contrat parce que l'objet de la stipulation ou de la promesse est considéré par les parties comme indivisible. La somme qui fait l'objet de la demande du stipulant n'est pas celle qui est contenue dans la réponse du promettant, et réciproquement (Gaïus, C. III, § 102; Instit., § 5, *eod.*). — *Observation.* Paul et Ulpien (L. 1, § 4; L. 83, § 3, D., *De verb. oblig.*, liv. XLV, tit. I) soutenaient, au contraire, que la stipulation était valable pour cinq sous d'or, parce qu'on pouvait la décomposer en autant de stipulations partielles qu'il y a d'unités dans la somme (1).

Mais *quid* si l'interrogation porte sur plusieurs choses ayant chacune une individualité distincte, et que le répondant n'en promette qu'une ou quelques-unes? Dans ce cas, la stipulation se divise en autant de stipulations qu'il y a d'objets (*tot stipulationes sunt quot corpora*). Des diverses stipulations contenues dans l'interrogation le promettant peut n'en compléter qu'une ou quelques-unes. Ainsi le stipulant a dit à *Titius :* « Me promettez-vous de me donner votre bœuf *et* votre cheval ? » *Titius* a répondu : « Je vous promets mon cheval. » *Titius* est tenu pour ce dernier objet (Instit., § 18, *eod.*). — Mais si la stipulation comprenait plusieurs objets distincts sous une alternative : *Stichum aut Pamphilum dare spondes?* la stipulation serait nulle, si le promettant ne répondait que pour un seul : *Stichum spondeo.*

(1) Voy., pour plus de détails, M. Accarias, t. II, n. 500, p. 244 et suiv.

Quid, lorsque, l'interrogation ayant été pure et simple, la promesse est faite sous condition ou à terme, et réciproquement? En principe cette stipulation n'est pas valable (*inutilis est stipulatio*). Mais dans la pratique on a fini par déroger à cette rigueur du droit; et on a admis que, si le changement apporté par le promettant à la stipulation est approuvé sur-le-champ (*incontinenti*) par le stipulant, la stipulation serait valable (L. 1, § 3, D., *De verb. obligat.*, liv. XLV, tit. I).

IV. DES MODALITÉS.

La stipulation peut être inutile à raison de la condition ou du terme qui y est apposé.

De la condition.

Conditions impossibles. — La stipulation est inutile lorsque l'obligation est subordonnée à une condition impossible, comme celle de toucher le ciel avec le doigt (*uti si digito cœlum tetigeris*). — Mais il n'en est pas de même dans les dispositions testamentaires. Une semblable condition est réputée non écrite (*pro non scripta habetur*), et la disposition de dernière volonté est tenue pour pure et simple (Instit., § 10, liv. II, tit. XIV). — Si, au contraire, on a stipulé sous la condition qu'une chose impossible ne sera pas faite : par exemple, si vous ne touchez pas le ciel du doigt (*si digito cœlum non tetigeris*), la stipulation est valable, et l'obligation qu'elle engendre est pure et simple (*pure facta obligatio intelligitur*) (Instit., § 11, liv. III, tit. XIX) (1).

Conditions illicites, contraires aux lois et aux bonnes mœurs. — Les conditions illicites, contraires aux lois et aux bonnes mœurs, sont assimilées aux conditions impossibles, en ce que, comme elles, elles rendent nuls les actes entre-vifs (Instit., § 24, *eod.*), tandis qu'elles sont réputées non écrites dans les dispositions testamentaires.

(1) Consult. M. Bufnoir, *Théor. de la condition*, p. 18-32.

Toutefois, la condition qui suppose l'accomplissement d'un fait *contra leges vel bonos mores* n'entraîne pas dans tous les cas et sans distinction la nullité de la stipulation. Pour que la stipulation soit nulle, il faut que la condition soit *turpis*, c'est-à-dire conçue dans le but d'exciter à l'accomplissement du fait illicite ou immoral. Exemple : *Titius* promet dix écus d'or sous la condition que le stipulant commettra un assassinat (Instit., *ibid.*). — Mais si, au contraire, le promettant s'est obligé à payer une certaine somme s'il commet un acte réprouvé par la loi ou les bonnes mœurs, la stipulation pourra parfaitement valoir. Par exemple, une femme au moment de son mariage stipule de son mari une certaine somme, s'il renoue, pendant la durée de son mariage, les relations qu'il entretenait auparavant avec une concubine (*si concubinæ, tempore matrimonii, consuetudinem repetiisset*) (L. 121, § 1, D., *De verb. oblig.*, liv. XLV, tit. I; L. 50, D., *De pact.*, liv. II, tit. XIV). La condition n'a rien d'immoral, la promesse est efficace. Les parties n'ont contracté qu'avec une intention honnête et dans le but d'empêcher le mal par la crainte d'encourir une peine pécuniaire.

De la stipulation prépostère. — On appelle *prépostère* la stipulation dans laquelle on fixe l'exécution d'une obligation conditionnelle à une époque qui précède l'avénement même de la condition : par exemple, si tel navire arrive un jour d'Asie, me promettez-vous de me donner aujourd'hui (*Si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes*)? Une telle stipulation implique contradiction : en effet, l'obligation est exécutée avant qu'elle ait pris naissance ; l'effet précède la cause (Instit., § 14, *eod.*).

Jusqu'au règne de Léon, la stipulation prépostère fut toujours nulle : cet empereur la déclara obligatoire dans les conventions relatives à la dot (*in dotibus eamdem stipulationem non esse rejiciendam existimavit*). Justinien a généralisé cette décision dans toutes les stipulations (*non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi con-*

ceptio stipulationis). On annule seulement l'obligation de donner immédiatement, en supprimant le mot *hodie*. Il ne reste plus alors qu'une obligation conditionnelle dont l'exécution ne pourra être exigée qu'après l'arrivée de la condition (Instit., *ibid.*).

Du terme (1).

Etait inutile la stipulation dont l'exécution était différée jusqu'après la mort, soit du stipulant : « *Post mortem meam dari spondes?* » soit du promettant : « *Quum mortuus eris, dari spondes?* » Gaïus nous en donne la raison : c'est qu'il paraissait contraire aux principes que l'obligation pût commencer dans la personne même des héritiers (*inelegans esse visum est ex heredis persona incipere obligationem*) (Gaïus, C. III, § 100; Instit., § 13, liv. III, tit. XIX). L'héritier était alors considéré comme une personne indépendante de son auteur, puisqu'il exerçait un droit qui n'aurait pas appartenu au défunt. Stipuler pour son héritier, ou promettre pour lui, c'était donc stipuler ou promettre pour un tiers. Or, on ne pouvait en général ni stipuler ni promettre pour autrui.

De même l'esclave ne pouvait stipuler *post mortem domini*, ni le fils de famille *post mortem patris*, parce que c'était le maître même qui était censé stipuler par son esclave, et le père par son fils de famille (*quia patris vel domini voce loqui videtur*. Instit., § 13, *eod.*).

Etait également nulle la stipulation dont l'exécution était différée jusqu'à la *veille* de la mort, soit du stipulant : « *Pridie quam moriar,* » soit du promettant : « *Pridie quam morieris.* » La raison en était, dit Gaïus (C. III, § 100; Instit., *ibid.*), qu'on ne peut connaître la veille de la mort qu'après la mort même de la personne. C'est donc comme si l'on stipulait pour un temps postérieur à la mort de l'une des parties. Il y avait là une sorte de stipulation prépostère.

(1) V. *suprà*, liv. III, tit. XIII, p. 357.

Pour éluder cette défense de stipuler *post mortem meam*, ou *pridie quam moriar*, on avait recours à l'intervention d'un *adstipulateur* qui stipulait accessoirement la même chose *post mortem prioris stipulatoris* (Gaïus, C. III, §§ 110 et suiv.). Le premier stipulant était, en effet, un tiers pour l'adstipulateur; or, on pouvait stipuler *post mortem alterius* (Instit., § 16, *eod.*). Après la mort du premier stipulant, l'adstipulateur devenait créancier, mais il était tenu par l'action de mandat de rendre aux héritiers du *stipulatoris* tout le bénéfice qu'il retirerait de la stipulation (Gaïus, C. III, § 117).

Mais *quid* de la stipulation qui a pour terme le moment même de la mort, soit du stipulant : « *Quum moriar, dari spondes?* » soit du promettant : « *Quum morieris, dari spondes?* » (Instit., § 15, *eod.*). Cette stipulation était valable. Gaïus (C. III, § 100) nous en donne la raison. C'est que l'obligation aura commencé d'exister du vivant du stipulant ou du vivant du promettant. En effet, le moment de la mort est aussi le dernier moment de la vie (*non post mortem... sed ultimo vitæ tempore*).

Justinien a supprimé ces distinctions subtiles de l'ancien droit, et a déclaré que les stipulations — *post mortem stipulatoris vel post mortem promissoris*, — ainsi que les stipulations *pridie quam moriar* ou *pridie quam morieris*, — inutiles dans l'ancien droit, seraient valables tout comme l'étaient déjà les stipulations — *quum moriar* ou *quum morieris*, ainsi que la stipulation *post mortem alterius*.

TITRE XX

Des fidéjusseurs

Le cautionnement ou *adpromissio* est l'acte par lequel une personne s'oblige *verbis* accessoirement à un obligé principal dont elle garantit la dette.

Avant Justinien, on distinguait trois classes de débiteurs accessoires (*adpromissores*), savoir : — 1° les *sponsores;* — 2° les *fidepromissores ;* — 3° les *fidejussores*.

1° Des sponsores.

La *sponsio* était la forme le plus anciennement connue de constituer des débiteurs accessoires.

La formule était : — *Spondesne mihi dari centum ? Spondeo* (Gaïus, C. III, § 116). — La *sponsio* était réservée aux seuls citoyens romains ; elle exigeait rigoureusement l'emploi de la langue latine (Gaïus, C. III, § 93).

2° Des fidepromissores.

La formule de la *fidepromissio* était : — *Fidepromittisne midi dari centum ? Fidepromitto* (Gaïus, C. III, § 116). Elle avait été imaginée pour les rapports entre pérégrins ou entre Romains et pérégrins. Mais les citoyens romains eux-mêmes finirent par adopter cette formule, lorsqu'aucune des parties n'était étrangère à la cité. Elle pouvait être faite en langue étrangère.

3° Des fidéjussoeurs.

Voici la formule de la *fidejussio : — Fidejubesne mihi dari centum ? Fidejubeo* (Gaïus, C. III, § 116; Instit., § 7, liv. III, tit. xx).

Différences entre la sponsio et la fidepromissio, d'une part, et la fidejussio, d'autre part.

1° La *sponsio* et la *fidepromissio* pouvaient garantir toute obligation, même complétement nulle, qui affectait la forme d'une stipulation (Gaïus, C. III, § 119). — La *fidejussio* ne pouvait garantir que des obligations civiles ou du moins ayant une existence naturelle (Instit., § 1, liv. III, tit. xx).

2° La *sponsio* et la *fidepromissio* ne pouvaient se rattacher qu'à des obligations principales contractées *verbis* (Gaïus, C. III, § 119). — Au contraire, la *fidejussio* servait à cautionner toute espèce d'obligation, soit verbale, soit réelle, soit littérale, soit consensuelle, soit même *ex delicto* (Instit., § 1, *eod.*),

3° La *sponsio* et la *fidepromissio* ne pouvaient garantir qu'une obligation de *dare*. — La *fidejussio* pouvait garantir non-seulement une obligation de *dare*, mais encore une obligation de *præstare* et de *facere*.

4° L'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* était personnelle et ne passait pas à leurs héritiers. Ainsi la mort du débiteur accessoire enlevait au créancier sa garantie (Gaïus, C. III, § 120). — L'obligation contractée par les *fidejussores*, comme toute obligation en général, était transmissible à leurs héritiers (Instit., § 2, *eod.*).

5° D'après une loi *Furia* (1) l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* s'éteignait par le laps de deux années (*biennio liberabantur*) (Gaïus, C. III, § 121). Quel était le point de départ de ce délai de deux ans? C'était le moment de l'échéance de la dette, et non le moment où elle était contractée (2). —Au contraire, l'obligation des fidéjusseurs n'était pas limitée par un laps de temps; elle était perpétuelle (*perpetuo tenentur*. Gaïus, *ibid.*).

6° En vertu de la même loi *Furia*, l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* se divisait *de plein droit* entre les divers *sponsores* ou *fidepromissores* existant au moment de l'échéance, que ces débiteurs accessoires fussent solvables ou non (Gaïus, C. III, § 121).—Au contraire, dans le cas où il y avait plusieurs fidéjusseurs, la dette ne se divisait pas entre eux. Le créancier pouvait demander le tout à l'un quelconque des fidéjusseurs (*liberum est creditori a quo velit solidum petere*). Toutefois, en vertu d'un rescrit d'Adrien, le fidéjusseur poursuivi pour le tout pouvait demander au préteur une division de la dette entre ses divers cofidéjusseurs *solvables* (*si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat*. Instit., § 4, *eod.*). C'est le bénéfice de division (3).

(1) La date de cette loi est incertaine. Toutefois, la plupart des auteurs la rapportent à l'an 659 (*R. f.*).

(2) Telle est du moins l'opinion de MM. Machelard, *Traité des obligations naturelles*, p. 454 et suiv.; Demangeat, p. 278, note 5; Accarias, t. II, n. 560, p. 343; Labbé, *à son cours*.

(3) Voy. *infrà*, p. 421.

La *sponsio* et la *fidepromissio* étaient tombées en désuétude sous Justinien. Aussi n'en est-il plus question dans les Institutes.

DE LA FIDÉJUSSION

Quelles conséquences peut-on tirer du principe que la fidéjussion est une obligation accessoire?

On peut en tirer plusieurs conséquences, savoir :

1° La fidéjussion ne peut exister qu'autant qu'il existe une obligation principale qui la justifie. Il est vrai que la fidéjussion peut se former avant l'obligation principale; mais, dans ce cas, l'obligation du fidéjusseur est suspendue jusqu'à ce que l'obligation principale se soit constituée (Instit., § 3, *eod.*).

2° La fidéjussion ne saurait avoir un autre objet que l'obligation principale. Donc, est nulle la promesse du fidéjusseur qui consisterait à fournir du blé, alors que l'obligation principale se rapporterait à une somme d'argent (L. 42, D., *De fidej.*, liv. XLVI, tit. 1).

3° La fidéjussion ne peut être plus étendue que l'obligation principale (*nec plus in accessione esse potest, quam in principali re*). Ainsi, lorsque le débiteur principal a promis cinq, le fidéjusseur ne peut promettre dix; de même si le débiteur principal a promis à terme ou sous condition, le fidéjusseur ne peut promettre purement et simplement. Mais qu'arrive-t-il au cas où le fidéjusseur s'est obligé *in duriorem causam*, c'est-à-dire a promis plus que ne doit le débiteur principal? La *fidejussio* sera-t-elle ramenée et restera-t-elle valable dans les limites de l'obligation principale? Par exemple, si le fidéjusseur a promis dix, alors que l'obligation principale ne contenait que cinq, le fidéjusseur sera-t-il lié jusqu'à concurrence de cinq? L'affirmative est enseignée par quelques interprètes autorisés (1); elle s'appuie sur les LL. 11, § 1, 12, D., *De*

(1) *Sic*, MM. Demangeat, t. II, p. 280; Thézard, *Répét. écr.*, p. 244; Gide, *à son cours*.

const. pec., liv. XIII, tit. v; 8, D., *De fidej.*, liv. XLVI, tit. I; 33, D., *Mandat.*, liv. XVII, tit. I). M. Labbé cependant a professé *à son cours* une opinion contraire. D'après notre savant maître, le fidéjusseur qui s'est obligé *in duriorem causam* n'est en aucune façon engagé. Il n'y a là qu'une promesse sans valeur. La raison en est que la fidéjussion est un contrat de droit strict qui ne peut pas être modifié, qui est valable en son entier, ou nul pour le tout (1). Toutefois, le lien produit par la fidéjussion peut être plus étroit que celui qui résulte de l'obligation principale. C'est ce qui arrive lorsqu'on garantit par la fidéjussion une obligation naturelle (Instit., § 5, *eod.*).

Le fidéjusseur qui ne peut être obligé *in duriorem causam* peut l'être *in leviorem causam*. Il peut promettre moins. Si donc le débiteur principal doit dix, le fidéjusseur s'engagerait valablement pour cinq. Pareillement, le fidéjusseur pourrait s'obliger sous condition ou à terme pour un débiteur qui serait tenu purement et simplement (Instit., § 5, *eod.*).

Recours du fidéjusseur qui a payé la dette contre le débiteur principal.

Il y avait plusieurs distinctions à faire: — 1° si le fidéjusseur s'était obligé en vertu d'un mandat que lui avait donné le débiteur principal, il pouvait exercer son recours par l'action de mandat contraire (*mandati contraria*. Instit., § 6, *eod.*); — 2° si le fidéjusseur s'était obligé spontanément *à l'insu* du débiteur principal, il pouvait exercer son recours par l'action de gestion d'affaires (*negotiorum gestorum*); — 3° si le fidéjusseur s'était obligé *malgré* le débiteur principal, ou *dans l'intention de lui faire une libéralité*, il n'avait pas de recours contre le débiteur principal (L. 24, C., *De negot. gest.*, liv. II, tit. XIX; L. 6, § 2, D., *Mand.*, liv. XVII, tit. I).

(1) Voy., en ce sens, MM. de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. II, p. 142; Maynz, t. II, § 347, p. 408, texte et note 8; Namur, *Cours d'Inst.*, 2e édit., t. II, § 323, p. 86; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 179, p. 634; Accarias, t. II, n. 563, p. 353.

Des différents bénéfices accordés aux fidéjusseurs.

Trois bénéfices ont été introduits dans le but d'améliorer la situation des fidéjusseurs et de favoriser l'adjonction de débiteurs accessoires qui donnaient à l'obligation plus de sûreté. Ces bénéfices sont :—les bénéfices de division, — de cession d'actions, — d'ordre ou de discussion.

1° Du bénéfice de division.

Ce bénéfice, introduit par un rescrit d'Adrien, se produisait quand il y avait plusieurs fidéjusseurs. Il permettait à celui des cofidéjusseurs qui était poursuivi seul d'exiger du créancier qu'il divisât son action entre lui et les cofidéjusseurs solvables au moment de la *litis contestatio* (Instit., § 4, *eod.*).

A quel moment devait être demandée la division ?—Le bénéfice de division devait être invoqué devant le magistrat (*in jure*), lorsque le préteur délivrait la formule aux parties.

Quels fidéjusseurs ne pouvaient pas invoquer le bénéfice de division ?—Le bénéfice de division était refusé : — 1° aux fidéjusseurs qui, présentés par un tuteur, avaient promis *rem pupilli salvam fore* (L. 12, D., *Rem pup. salv. fore*, liv. XLVI, tit. VI);—2° aux fidéjusseurs qui avaient commencé par nier leur qualité de fidéjusseurs (L. 10, § 1, D., *De fidej.*, liv. XLVI, tit. I).

2° Du bénéfice de cession d'actions.

Le bénéfice de cession d'actions était le droit qu'avait le fidéjusseur de contraindre le créancier à lui céder ses actions soit contre le débiteur principal, soit contre les autres cofidéjusseurs. Ainsi, le fidéjusseur ne payait pas à proprement parler la dette ; il achetait les droits et actions du créancier moyennant un prix égal au montant de la dette, prix qui était versé entre les mains du magistrat (L. 36, D., *eod.*).

A quel moment ce bénéfice devait être invoqué ? — Le fidéjusseur qui voulait, par la cession, obtenir tous les droits du créancier, devait invoquer ce bénéfice avant le paiement ; car une fois le paiement fait, les actions étaient éteintes ; et des actions éteintes ne peuvent plus être

cédées (1). — Il fallait, en outre, que le fidéjusseur ne laissât pas s'accomplir la *litis contestatio* (LL. 30, 76, D., *eod.*).

Caractère de ce bénéfice.—La cession d'actions ne transférait pas la qualité de créancier, mais permettait au fidéjusseur d'agir comme *procurator* au nom du créancier. Il y avait là une espèce particulière de mandat connu sous le nom de *mandatum in rem suam*. Ce mandat différait du mandat ordinaire sous deux rapports : — 1° le fidéjusseur *procurator in rem suam* n'avait pas de compte à rendre au créancier; —2° il était mandataire à ses risques et périls, et n'avait aucun recours contre le créancier son mandant.

Des effets de la cession d'actions. — La cession d'actions avait pour effets de faire profiter le fidéjusseur des droits de gage, d'hypothèque et de privilége qui pouvaient être attachés à la créance principale (L. 59, D., *eod.*; LL. 11, 14, C., *De fidej.*, liv. VIII, tit. XLI). — Observons, cependant, que le fidéjusseur ne pouvait recourir en vertu de cette cession d'actions contre son cofidéjusseur que pour la part de ce cofidéjusseur dans la dette.

3° Du bénéfice d'ordre ou de discussion.

Ce bénéfice, introduit ou plutôt rétabli par une novelle de Justinien (Nov. IV, c. I), consistait en ce que le fidéjusseur, attaqué par le créancier, pouvait renvoyer le créancier à la discussion préalable du débiteur principal. Discuter le débiteur principal (*discutere*), c'était voir s'il n'y avait pas dans ses biens de quoi payer la dette.

Si le débiteur principal payait tout, le fidéjusseur était libéré; s'il ne payait qu'une portion, le fidéjusseur n'était tenu que pour le surplus (Nov. IV, préf. et c. I).

Le bénéfice de discussion était expressément refusé aux banquiers (*argentariis*) (Nov. CXXXVI, préf. et c. I).

(1) Mais, comme le fait remarquer fort judicieusement M. Accarias, t. II, n. 565, p. 358, le créancier n'est pas tenu de conserver ses actions pour les céder au fidéjusseur; il ne lui doit que celles dont il est resté nanti, telles qu'elles existent et sans garantie aucune de leur efficacité.

APPENDICE

De l'intercession des femmes et du sénatus-consulte Velléien

Qu'est-ce que le sénatus-consulte Velléien ? — C'est un décret rendu sur la proposition des consuls Marcus Silanus et Velleius Tutor, et ayant pour but de défendre aux femmes de s'obliger pour la dette d'autrui (*pro aliis reæ fieri*) ou, pour employer l'expression consacrée, d'*intercéder pour autrui* (*In omni genere negotiorum et obligationum tam pro viris quam pro feminis intercedere mulieres prohibentur*).

La date incertaine de ce sénatus-consulte semble se placer entre l'avénement de Claude (L. 2, D., *Ad sen. cons. Vellej.*, liv. XVI, tit. I) et la mort de Vespasien (L. 16, § 1, D., *eod.*) (1).

Dans quel but fut-il rendu ? — Ce sénatus-consulte ne fut pas rendu au profit des femmes et dans l'intérêt de leur dot ; il ne constituait pas une extension des édits d'Auguste et de Claude qui défendaient aux femmes d'intercéder en faveur de leurs maris. Il était inspiré par le principe traditionnel qui excluait les femmes de tout office viril. Le sénatus-consulte Velléien fut donc rendu *contre* les femmes, dans le but de restreindre leur capacité et de réprimer leur influence (L. 2, § 1, D., *eod.*) (2).

Cas d'application du sénatus-consulte Velléien. — La femme intercède pour autrui, lorsque, allant trouver un

(1) *Sic*, M. Gide, *Etud. sur la condition privée de la femme*, p. 173, note 4. — Comp. MM. Ortolan, t. III, n° 1410 ; Etienne, *Instit de Justinien*, t. II, p. 153 ; Maynz, t. II, § 350, p. 418 ; Namur, 2e édit., t. II, § 334, p. 92 ; Van Wetter, t. I, § 178, p. 626.

(2) Voy., en ce sens, M. Gide, *op. cit.*, p. 174. — Comp. MM. Laboulaye, *Recherches sur la condition privée de la femme ;* Dubois, *Condition de la femme sous le rapport du sc. Velléien ;* Maynz et Namur, *loc. cit. ;* Accarias, t. II, n. 576, p. 375.

débiteur, elle se joint à lui pour partager la charge de sa dette, ou se substitue à lui pour le libérer. D'ailleurs l'intercession peut consister dans une *expromissio*, dans une *sponsio*, dans une *fidepromissio*, dans une *fidejussio*, dans un *mandatum credendæ pecuniæ*, dans un constitut aussi bien que dans la constitution d'un gage ou d'une hypothèque. — Il ne suffit pas que la femme s'oblige, il faut encore qu'elle s'oblige *pour autrui*. Si, en s'engageant, elle ne prend pas à sa charge l'obligation d'autrui, elle est liée; car elle n'est point incapable de s'obliger, mais seulement d'intercéder. — Il faut de plus que la femme s'oblige non-seulement pour autrui, mais dans l'*intérêt d'autrui*. Si, en s'obligeant pour autrui, elle retire de cet acte quelque profit personnel, si elle a quelque arrière-pensée intéressée, elle n'*intercède* pas dans le vrai sens du mot (L. 27, § 2; L. 8, § 2, D., *eod.*). Ce qui importe donc, c'est l'intention de la femme; toutes les fois qu'elle a *voulu* faire sa propre affaire, il n'y a pas intercession, quelque préjudice qu'elle puisse souffrir. Mais si, en s'obligeant, la femme a eu en vue en même temps son intérêt propre et l'intérêt d'autrui, et qu'elle se soit engagée pour sa propre affaire jusqu'à due concurrence et en faveur d'autrui pour le surplus, son engagement n'est valable que pour partie (L. 1, § 4, D., *De pign. et hypoth.*, liv. XX, tit. I). C'est ce qui a lieu souvent quand la femme s'engage comme codébitrice solidaire (1). — Enfin, il faut que l'acte de la femme, bien qu'accompli dans l'intérêt d'autrui, ne constitue pas une donation. Car la femme est incapable d'intercéder, mais non de donner.

Moyen de défense tiré du sénatus-consulte Velléien. — La femme qui s'est obligée peut, au cas où le créancier l'attaque, se défendre par l'exception tirée du sénatus-consulte (*ei per exceptionem Vellejani senatus-con-*

(1) M. Demangeat, *Des obligat. solid. en dr. rom.*, p. 348.

sulti succurritur), ou même répéter, par la *condictio indebiti*, ce que, dans l'ignorance du secours que lui donne le sénatus-consulte, elle a payé d'une semblable dette (LL. 3, 16, C., *Ad senat. cons. Vellej.*, liv. IV, tit. XXIX (1). — La nullité créée par le sénatus-consulte Velléien peut être invoquée par les héritiers de la femme, par ceux qui ont constitué des gages pour elle, et par ses mandataires.

Droit de Justinien. — Justinien a apporté au sénatus-consulte Velléien diverses innovations. Il a distingué entre l'intercession au profit d'un tiers et l'intercession au profit du mari. — *Est-ce pour un tiers*, c'est-à-dire pour tout autre que son mari, que la femme s'est obligée. Justinien maintient l'obligation pourvu qu'elle ait une juste cause (LL. 24, 25, C., *eod.*), ou que l'on reconnaisse chez la débitrice une volonté sérieuse et constante de s'obliger. Ainsi l'intercession est valable si la femme la réitère après deux ans d'intervalle (L. 22, C., *eod.*); elle est encore valable, si la femme déclare qu'elle a reçu quelque chose pour prix de son intercession, si invraisemblable que soit cette affirmation; enfin l'intercession est valable, toutes les fois qu'elle est constatée dans un écrit public, revêtu de la signature de trois témoins. — *Est-ce pour son mari* que la femme s'est obligée, l'intercession est nulle, d'une nullité radicale et absolue, malgré toutes les ratifications, toutes les renonciations et toutes les solennités possibles. Justinien n'admet qu'une exception à cette règle; c'est pour le cas où l'obligation tourne de toute évidence au profit de la femme (Nov. CXXXIV, c. VIII).

Ainsi, comme l'a fait remarquer très-judicieusement M. Gide (2), à l'ancienne incapacité Velléienne se trouve substituée une incapacité toute nouvelle. Désormais l'in-

(1) Au contraire le paiement fait contrairement aux dispositions du sénatus-consulte Macédonien ne donne pas lieu à la *condictio indebiti*. Voy. *infra*, liv. IV, tit. VII.
(2) *Étude sur la condition privée de la femme*, p. 220.

capacité de la femme ne tient plus à son sexe (*sexus imbecillitati*), mais à sa position de femme mariée; elle n'est plus fondée sur des nécessités d'ordre public, mais sur des rapports de famille et des intérêts d'ordre privé. Garantir la dot, non-seulement contre les dissipations du mari, mais encore contre les complaisances ou les faiblesses de la femme elle-même, tel est l'objet de la réforme de Justinien (1).

TITRE XXI

Des obligations littérales

Définition. — L'obligation littérale est celle qui a sa cause et son principe générateur dans la formule écrite, comme l'obligation verbale résulte de la solennité de l'interrogation et de la réponse.

Des adversaria. — A Rome, tout père de famille était dans l'usage d'inscrire jour par jour sur un cahier brouillard, qui correspond au *livre-journal* de nos commerçants et qu'on appelait *adversaria*, ses opérations, ses revenus et ses bénéfices, ses dépenses et ses pertes de toute nature.

Des tabulæ ou codex. — A la fin de chaque mois le père de famille faisait le dépouillement des opérations portées sur les *adversaria*, et les consignait avec ordre et méthode dans les *tabulæ* ou *codex*, sorte de registre qui offre beaucoup d'analogie avec le *grand-livre* de nos commerçants (2).

De l'autorité des adversaria et des tabulæ ou codex. —

(1) Voy., sur l'influence exercée par le sénatus-consulte Velléien dans les pays de droit écrit, MM. Gide, p. 143 et suiv.; Arth. Desjardins, *Le sénatus-consulte Velléien dans la législat. franç.*, Rev. crit. de législat., t. XXX, p. 148.

(2) *Sic*, MM. Demangeat, t. II, p. 288; Labbé, *à son cours*. — Suivant MM. Maynz (t. II, § 332, p. 338, note 7) et Gide (*Observations sur le contrat litteris*, Rev. de législat., 1873, p. 122 et 123), les *tabulæ* ou *codex* correspondraient au *livre de caisse* de nos négociants et non au *grand-livre*.

Les *adversaria* étaient presque sans autorité juridique, tandis que les *tabulæ* avaient en justice foi pleine et entière (Cicéron, *Pro Q. Roscio*, or. 3, § 2).

Des arcaria nomina et des transcriptitia nomina.

Les inscriptions de créances au nom d'une personne désignée, sur les tables domestiques, prenaient la dénomination générale de *nomen, nomina*. Le mot *nomen* était synonyme de *créance*.

Toutes les énonciations portées sur les *tabulæ* ou sur le *codex* n'avaient pas la même valeur juridique : tantôt l'écriture ne servait que comme un moyen de preuve ; tantôt elle était la source même d'une obligation et formait un contrat *sui generis*, un contrat littéral.

On nommait *arcaria nomina* les mentions qui ne constituaient que des instruments de preuve et non une source d'obligation. Si, par exemple, le père de famille portait sur son registre, au nom et au compte de tel individu, qu'il lui avait donné en prêt telle somme d'argent, cette inscription n'était qu'un moyen de constater le fait qui avait eu lieu. Car ce qui seul avait pu engendrer le *mutuum*, c'était la numération, la dation des espèces (*Numeratio autem pecuniæ creditæ facit obligationem ; qua de causa recte dicimus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere*. Gaïus, C. III, § 131). Ces *arcaria nomina* pouvaient, par conséquent, servir à constater les engagements intervenus entre pérégrins, puisque l'obligation était engendrée, non par l'inscription sur le registre, mais par la numération des espèces, ce qui est du droit des gens (*quod genus obligationis juris gentium est*) (Gaïus, C. III, § 132).

On nommait *transcriptitia nomina* les mentions qui, portées sur les *tabulæ* suivant la formule consacrée, formaient par elles-mêmes une obligation littérale. Le fait générateur de l'obligation était l'écrit, et l'écrit seulement. Si, par exemple, un père de famille, du consentement de *Sempronius* qui veut se constituer son débiteur, écrit sur

ses *tabulæ* la formule suivante : *Expensum Sempronio decem;* ce père de famille par le seul fait de cette inscription se trouvera créancier de *Sempronius* pour dix, comme si, dans une stipulation, il s'était fait promettre dix par *Sempronius*. — Le mot *expensilatio* dont on se sert pour désigner le contrat littéral dérive du mot *expensum*, employé dans la formule qui engendre l'obligation.

Ordinairement la mention que le créancier inscrivait sur ses *tabulæ* : *Expensum Sempronio decem*, était confirmée par une mention corrélative mise sur les *tabulæ* du débiteur : *Acceptum a Titio decem*. Mais la coexistence de ces inscriptions était-elle indispensable pour l'accomplissement du contrat littéral? Ce contrat n'était-il parfait qu'autant que le débiteur avait inscrit sur son registre, à son passif, la somme que le créancier avait consignée, sur son registre, à son actif? La négative est aujourd'hui généralement enseignée(1); une écriture sur le registre du débiteur n'était donc pas nécessaire pour l'existence de l'obligation littérale.

Ressemblances entre l'expensilation ou contrat littéral, et la stipulation ou contrat verbal.

1° Dans la stipulation deux parties intervenaient, le stipulant et le promettant; dans l'expensilation, il y avait également un créancier qui portait sur son registre la somme comme pesée et livrée à son débiteur, et ce débiteur qui la portait, sur le sien, comme pesée et reçue de son créancier.

2° Dans la stipulation, des paroles solennelles devaient être prononcées; dans l'expensilation, des formules consacrées devaient être écrites.

3° La stipulation et l'expensilation étaient des contrats de droit strict d'où naissait la *condictio certi*.

(1) *Sic*, MM. Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. III, n° 1421, p. 219, et *Du contrat formé par l'écriture chez les Romains*, Rev. de législ. et de jurispr., t. XIV, p. 67 et suiv.; de Fresquet, t. II, p. 155; Demangeat, t. II, p. 293; Maynz, t. II, § 332, p. 344, note 32; Gide, *Observations sur le contrat litteris*, Rev. de législat., 1873, p. 437 et 438; Labbé, *a son cours*.—Comp. MM. Namur, 2e édit., t. II, § 73; Van Wetter, t. I, § 223, p. 818.

4° La stipulation et l'expensilation étaient plutôt des manières de s'obliger que des contrats particuliers. Elles étaient toutes deux très-fréquemment employées à l'effet de nover une obligation préexistante soit en une obligation verbale, soit en une obligation littérale (1).

Différences entre l'expensilation et la stipulation.

1° La stipulation ne pouvait se former qu'*inter præsentes;* l'expensilation, au contraire, pouvait avoir lieu *inter absentes* (Gaïus, C. III, § 138).

2° La stipulation s'étendait à toute sorte d'engagements. Elle pouvait avoir pour objet de donner une chose déterminée, alors elle était dite *certaine* et produisait la *condictio certi;* ou bien elle pouvait consister en un fait que l'on promettait d'exécuter, ou dont on promettait de s'abstenir; elle était alors dite *incertaine* et donnait lieu à l'action *ex stipulatu* ou *condictio incerti.* — Au contraire, l'expensilation était restreinte aux obligations de quantités certaines, de sommes d'argent (*pecuniæ certæ*). Elle ne pouvait avoir d'autre objet, ni engendrer, par conséquent, d'autre action que la *condictio certi.*

3° La stipulation était souvent modifiée par des conditions diverses; l'expensilation n'était pas susceptible d'être faite sous condition (*Frag. Vatic.*, § 329).

De combien de manières s'opéraient les nomina transcriptitia ? — De deux manières, savoir : *a re in personam*, ou *a persona in personam.*

A re in personam, lorsqu'un créancier portait écrit sur son registre, comme pesé (*expensum*) pour le compte d'une personne, ce qu'elle devait déjà pour cause d'achat, de louage, de société ou pour tout autre motif préexistant. L'ancienne obligation se trouvait éteinte et remplacée par l'obligation nouvelle contractée *litteris* (Gaïus, C. III, § 129). — Le créancier retirait de cette opération un double avantage : 1° l'objet de sa créance était désormais un *certum* dont il pouvait poursuivre le paiement par une *actio*

(1) Voy. *infrà*, tit. XXIX, p. 508, texte et note 1.

stricti juris; 2° la novation qui avait eu lieu le mettait à l'abri des exceptions que le débiteur aurait pu soulever dans les actions *venditi*, *locati*, *pro socio*, etc.

A persona in personam, lorsque je portais sur mon registre comme pesé pour le compte de *Titius* ce que *Séius* me devait déjà en vertu d'un contrat littéral. Ce qui n'avait lieu que lorsque *Séius* me déléguait *Titius* comme débiteur à sa place (Gaïus, C. III, § 130). La mention qui rendait *Titius* débiteur annulait l'ancienne mention faite à la charge de *Séius*. — Ce mode de transfert se pratiquait surtout entre banquiers.

Les pérégrins pouvaient-ils s'obliger dans la forme des nomina transcriptitia?. — Originairement les citoyens romains pouvaient seuls figurer dans une expensilation (*quia quodammodo juris civilis est talis obligatio*). — Mais, à l'époque de Gaïus, il y avait controverse à l'effet de savoir si les pérégrins ne pourraient pas s'obliger par une *transcriptio a re in personam*. Les Proculiens et Nerva soutenaient que même la *transcriptio a re in personam* n'était pas faite pour les pérégrins. Les Sabiniens croyaient, au contraire, qu'il fallait étendre le bénéfice de la *transcriptio a re in personam* aux pérégrins comme aux citoyens romains. — Quant à la *transcriptio a persona in personam*, il n'existait aucune controverse; elle était toujours réservée aux seuls citoyens romains (Gaïus, C. III, § 133).

Mais à côté de l'institution civile des *nomina transcriptitia* vint bientôt se placer l'institution du droit des gens: les *chirographa* et les *syngraphæ*.

Des chirographa et des syngraphæ.

Les *chirographa* étaient des écrits émanés de la main du débiteur et conservés par le créancier. Les *syngraphæ* étaient des écrits signés par le créancier et le débiteur, et conservés par les deux parties contractantes en double (Asconius, *ad Ciceronem, in Verrem*, act. II, liv. I, § 36).

Caractère des chirographa et des syngraphæ. — Il y a

sur ce point deux opinions rivales : — d'après les jurisconsultes allemands, les *chirographa* et les *syngraphæ* n'étaient que des moyens de preuve, des *cautiones* ou *instrumenta* (1). — En France, l'opinion qui a prévalu est que les *chirographa* et les *syngraphæ* constituaient une forme d'obligation par l'écriture. L'écriture était donc ici une cause efficiente de l'obligation. C'est, d'ailleurs, ce qui nous semble confirmé par ce passage de Gaïus : « *Litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis* » (C. III, § 134) (2). Ce mode de s'obliger par l'écriture était particulièrement usité parmi les *peregrini* (Gaïus, *ibid.*), et donnait lieu à la *condictio certi*.

Droit de Justinien. — Sous Justinien, le *codex accepti et expensi*, les *nomina* tant *arcaria* que *transcriptitia*, sont tombés en désuétude (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XXI). Les *syngraphæ* ont disparu. Quant aux *chirographa*, on les trouve encore mentionnés dans quelques textes du Digeste et du Code, mais avec une signification différente. Ils sont employés comme synonymes de *cautio*, c'est-à-dire de l'écrit simplement destiné à servir de preuve de l'existence d'un contrat quelconque.

DE L'EXCEPTION NON NUMERATÆ PECUNIÆ.

Dans quel cas pouvait-on invoquer l'exception non numeratæ pecuniæ? — Il arrivait souvent que l'écrit, le *nomen transcriptitium*, le *syngraphus*, le *chirographum*, ou la *cautio*, était rédigé avant que le débiteur eût reçu la somme à raison de laquelle il s'était engagé; puis, le créancier, soit par erreur, soit par mauvaise foi, refusait de réaliser le prêt et de faire la numération des espèces (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XXI; L. 7, C., *De non numer. pec.*, liv. IV, tit. XXX).

(1) Cette opinion a été défendue, avec un talent incontestable, par M. Gide, *Observat. sur le contrat litteris*, Rev. de législat., 1873, p. 152 et suiv.

(2) Voy., en ce sens, MM. Ortolan, t. III, p. 258 n° 1431; Demangeat, t. II, p. 295; Maynz, t. II, § 332, p. 342; Namur, 2e édit., t. II, § 314, p. 72; Van Wetter, t. I, § 223, p. 819. Labbé, *à son cours*.

Cependant le débiteur lié par la force de l'écrit obligatoire, restait exposé à payer des sommes qu'il n'avait pas touchées. Pour remédier à cet inconvénient, les préteurs imaginèrent une exception *non numeratæ pecuniæ* dont l'effet était de mettre le demandeur dans la nécessité de prouver qu'il y avait eu numération des espèces. Ici on dérogeait à la règle générale : *Qui excipit, probare debet quod excipitur*. Ainsi il ne suffisait plus au créancier de dire au débiteur : Vous me devez par cela seul que j'ai contre vous une créance littérale, peu importe que mon écrit n'indique pas qu'il y a eu numération des espèces. » Il devra démontrer l'existence de la cause réelle de l'obligation, c'est-à-dire qu'il y a eu *numerata pecunia*.

Dans quel délai pouvait être opposée l'exception non numeratæ pecuniæ ? — Cette obligation pour le créancier de prouver la numération des espèces ne lui fut pas imposée sans limite. Justinien en donne la raison aux Institutes (*pr.*, liv. III, tit. XXI) ; c'est qu'il ne fallait pas mettre le créancier à la merci du débiteur, en l'obligeant, trop longtemps après la réalisation du prêt, à une époque où les éléments de preuve eussent été impossibles à réunir, d'établir la validité de sa créance. Ce délai était d'abord de *un* an. Porté ensuite à *cinq* ans par Marc-Aurèle, il fut réduit à *deux* ans par Justinien (Instit., *pr. in fine*, liv. III, tit. XXI).

Cas où le créancier restait inactif. — Le débiteur qui n'a pas reçu les espèces pouvait ne pas attendre la poursuite du créancier, et intenter contre lui une *condictio sine causa* à l'effet d'obtenir la restitution du billet, ou bien la libération de l'obligation engendrée par l'écrit (L. 7, C., *De non numer. pec.*, liv. IV, tit. XXX ; L. 4, C., *De condict.*, liv. IV. tit. IX).

Bien plus, le débiteur avait, dans le droit de Justinien, un moyen de rendre perpétuelle l'exception *non numeratæ pecuniæ ;* il lui suffisait de faire contre le billet une protestation écrite qui devait être adressée soit au prétendu créan-

cier, soit au magistrat. L'effet de cette protestation était de permettre au débiteur d'opposer en tout temps au créancier l'exception *non numeratæ pecuniæ* (LL. 4, 14, *pr.* et § 4, C., *De non num. pec.*, liv. IV, tit. XXX).

Cas où le délai de deux ans s'était écoulé sans qu'il y eût eu poursuite de la part du créancier, ni protestation de la part du débiteur. — Dans ce cas, le silence du débiteur était considéré comme un aveu, comme une reconnaissance de la numération des espèces; aussi, le débiteur n'était plus admis à prouver contre le billet; il n'avait aucun moyen d'échapper à la force de l'écriture (LL. 8, 14, C., *eod.*) (1). Voilà comment il arrive, sous Justinien, que le débiteur soit tenu en réalité par suite de l'écriture, puisqu'il peut se faire que la numération des espèces n'ait pas eu lieu et qu'il n'y ait pas eu de cause valable de l'obligation.— Mais y a-t-il là une véritable obligation *litteris?* C'est ce qui est nié par les interprètes les plus autorisés du droit romain (2).

TITRE XXII

Des obligations consensuelles

Définition. — Le contrat consensuel est celui qui est parfait par le seul consentement des parties (*consensu*), sans qu'il y ait besoin ni de la remise d'une chose (*nec dari quidquam necesse est*), ni d'écritures (*neque scriptura*), ni de stipulation (*neque præsentia*) (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XXII).

(1) Voy., en ce sens, sur cette question controversée, MM. Maynz, t. II, § 333, p. 344, texte et note 7, et p. 345, note 16; Demangeat, t. II, p. 296; Namur, 2e édit., t. II, § 342, p. 75.

(2) *Sic*, MM. Maynz, t. II, § 332, p. 342, texte et note 28; Demangeat et Namur, *ubi supr.*; Van Wetter, t. I, § 234, p. 827; Gide, *ubi supr.*, p. 159 et suiv.; Labbé, *à son cours.*— Comp. toutefois, M. Ortolan, t. III, p. 265, n° 1440.

Combien y a-t-il de contrats consensuels? — Il y en a quatre, la vente (*emptio-venditio*), le louage *locatio-conductio*), la société (*societas*), le mandat (*mandatum*).

Caractères des contrats consensuels. — 1° Les contrats consensuels peuvent avoir lieu entre absents, par exemple par lettre missive, ou par messager (*veluti per epistolam vel per nuntium*); ils ressemblent en ce point au contrat *littéral;* mais ils diffèrent de l'obligation *verbale* qui ne peut avoir lieu entre absents (Gaïus, C. III, §§ 136, 138; Instit., *ibid.*). — 2° Les contrats consensuels sont des contrats synallagmatiques; ils font naître entre les parties des obligations réciproques: toutefois il faut signaler ici une différence entre les quatre contrats consensuels. D'un côté, la vente, le louage, la société, sont des contrats synallagmatiques *parfaits*, car il est de leur essence même d'engendrer des obligations réciproques. Au contraire, le mandat est un contrat synallagmatique *imparfait* qui ne produit d'obligations réciproques que plus tard, selon les circonstances. Sur ce point les contrats consensuels se rapprochent des trois contrats réels, commodat, dépôt et gage, et diffèrent du *mutuum*, du contrat verbal et du contrat littéral qui sont essentiellement *unilatéraux* (Gaïus, C. III, § 137; Instit., *ibid.*). — 3° Les contrats consensuels sont des contrats de *bonne foi*, c'est-à-dire que les effets de ces obligations réciproques se déterminent d'après l'équité (*ex bono et æquo*), tandis que le *mutuum*, le contrat verbal et le contrat littéral produisent des actions de pur droit strict (Instit., *ibid.*).

TITRE XXIII

De la vente

Définition. — La vente est un contrat par lequel une des parties s'oblige à procurer la possession utile et du-

rable d'une chose à l'autre partie qui s'oblige à donner un prix consistant en monnaie. Il résulte de cette définition que le contrat de vente contient trois éléments essentiels : — 1° une chose qui en fait l'objet (*res*); — 2° un prix (*pretium*); — 3° l'accord des volontés des parties sur la chose et sur le prix (*consensus*).

Quand la vente est-elle parfaite ? — La vente est parfaite dès que les parties sont tombées d'accord sur la chose et sur le prix, quoique la chose n'ait pas été livrée, ni le prix payé. — Sur ce point Justinien apporte une innovation : quand les parties avaient subordonné la vente à la condition qu'il y aurait un écrit (*instrumentum*), le contrat n'était parfait que lorsque l'acte était régulièrement dressé, jusque-là il n'y avait qu'un projet, qu'un pacte non obligatoire (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XXIII). — Observons que la vente objet d'un *instrumentum* ne devenait pas pour cela un contrat *littéral;* l'écrit était exigé *conditionis implendæ causa*, comme moyen de preuve, mais il ne constituait pas une cause d'obligation.

Des arrhes.

On entend par arrhes une somme d'argent que l'une des parties contractantes livre à l'autre lors de la conclusion du contrat. — Dans l'ancien droit, les arrhes n'étaient qu'un moyen de preuve (*argumentum est emptionis et venditionis contractæ*) (Gaïus, C. III, § 139).—Sous Justinien, elles prirent un autre caractère ; au lieu d'être un signe de la perfection du contrat, elles devinrent un moyen de *dédit*. Si le contrat était abandonné par celui qui avait donné les arrhes, elles étaient perdues pour lui ; s'il était abandonné par celui qui les avait reçues, elles devaient être restituées au double. Mais jusqu'à quel moment les parties peuvent-elles ainsi se rétracter ? D'après M. Demangeat (1), « s'il ne doit point y avoir d'écrit, c'est jus-

(1) *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, p. 304.

qu'à l'exécution, par exemple, jusqu'à la tradition faite par le vendeur; si au contraire un écrit doit être dressé, c'est jusqu'au moment où il ne manque plus rien à la perfection de l'écrit. » Telle est l'interprétation généralement admise (1) (L. 17, C., *De fide instrument.*, liv. IV, tit. XXI; Instit., *pr.*, liv. III, tit. XXIII).

Vinnius et Pothier (*Vente*, n° 508) ont donné une interprétation différente à la constitution de Justinien (L. 17, C., liv. IV, tit. XXI) et au passage des Institutes (*pr.*, liv. III, tit. XXIII). Elle consiste à distinguer deux espèces d'arrhes : — 1° celles qui se donnent dans une vente *pure et simple*, vente *actuelle :* dans ce cas, les arrhes conservent le caractère qu'elles avaient au temps de Gaïus : elles ne sont qu'une preuve de la perfection du contrat; par conséquent, les parties ne peuvent se dégager en perdant les arrhes ou leur valeur; — 2° celles qui se donnent dans une *promesse de vente*, c'est-à-dire dans une vente *à conclure*, dans une vente *dont la réalisation est reportée dans l'avenir*. Si des arrhes ont été remises par l'une des parties à l'autre, ces arrhes ne sont plus une *preuve* du contrat, mais un moyen de *dédit;* elles supposent que les parties se sont réservé la faculté de se rétracter jusqu'à la réalisation du contrat. C'est, ce nous semble, le système consacré par le Code civil (art. 1590) : « Si la promesse « de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des con- « tractants est maître de s'en départir, celui qui les a don- « nées, en les perdant; et celui qui les a reçues, en resti- « tuant le double. » Que décider au cas où les parties sont convenues de constater leur vente par écrit? D'après l'interprétation probable des parties, Justinien a décidé que dans ce cas la vente est imparfaite, subordonnée à la rédaction de l'écrit. Jusqu'à ce moment, les parties con-

(1) Voy., en ce sens, MM. Ducaurroy, *Institutes de Justinien*, t. III, n° 1036; Ortolan, t. III, p. 270, n° 1449. — Comp. M. de Savigny, *Le droit des oblig.*, 2e édit., t. II, § 79, p. 435 et suiv. (traduct. de MM. Gerardin et Jozon).

servent la faculté d'abandonner le marché. Si donc des arrhes ont été données, elles ne constituent qu'un moyen de *dédit* (1).

Des choses qui peuvent être vendues.

Tout ce qui est dans le commerce peut faire l'objet d'un contrat de vente, — soit un corps certain et déterminé, comme une maison, un cheval, — soit une quantité fixée, comme cent boisseaux de blé, — soit des choses incorporelles (2); — soit des choses futures, comme la récolte de tel vignoble.

Vente d'une hérédité future. — Bien qu'une succession non encore ouverte soit une chose future, le droit romain en défend la vente comme immorale et dangereuse. Cependant, ce principe souffre une exception. La vente d'une succession future est valable, lorsque celui de l'hérédité duquel il s'agit y consent (D., *De hereditate vel actione vendita*, liv. XVIII, tit. IV). Le droit français n'admet pas cette exception et prononce la nullité de la vente même autorisée par le *de cujus* futur (3).

Vente de la chose d'autrui. — La chose d'autrui peut, en droit romain, faire l'objet d'une vente (L. 28, D., *De*

(1) M. Labbé, *à son cours*, nous a paru admettre de préférence cette explication. — D'après M. Boissonade, professeur agrégé à la Faculté de Paris (*Rev. hist. de droit français et étranger*, t. XII, p. 136 et suiv.), les arrhes n'ont changé de caractère, sous Justinien, que dans les ventes *quæ scriptura conficiuntur*, où elles sont devenues un signe de *dédit*; mais dans les ventes qui ne sont pas subordonnées à la rédaction d'un écrit, elles sont restées avec leur ancienne signification d'un *argumentum emptionis et venditionis contractæ*. — Enfin, M. Maynz, professeur à l'Université de Liége, pense que rien n'indique dans les écrits de Justinien l'intention de modifier l'ancienne législation sur les arrhes. Justinien ne s'occupe pas même de la question de savoir si les arrhes constituent un dédit. Seulement, en parlant des cas où les parties veulent se départir d'une vente, Justinien dit qu'elles peuvent le faire impunément lorsque la vente n'est pas encore parfaite, mais que, même dans ce cas, elles ne le feront pas impunément si des arrhes ont été données : car alors la partie coupable perd les arrhes ou doit en restituer la double valeur (*Cours de dr. rom.*, t. II, § 344, p. 401, texte et note 15). Voy. aussi, dans ce dernier sens, MM. Namur, 2e édit., t. II, § 257, p. 7; Van Wetter, t. I, § 220, p. 802.

(2) Voy., sur le transport des créances, *infrà*, p. 449 et suiv.

(3) C. civ., art. 1600. On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, *même de son consentement*.

contrah. empt., liv. XVIII, tit. I). C'est que la vente n'est pas un acte d'aliénation, mais un contrat productif d'obligation. On ne peut donc pas *aliéner* la chose d'autrui, car *aliéner* c'est transférer la propriété; mais on peut la *vendre*, car *vendre* c'est contracter une obligation. — En droit français, la vente de la chose d'autrui est nulle (1). Le Code civil ne considère que l'intention des parties; partant de cette idée que l'acheteur entend devenir propriétaire, il décide que l'obligation contractée par l'acheteur manque de cause si on ne lui transmet pas la propriété de la chose vendue; chez nous, *vendre* et *acheter* signifient donc *aliéner* et *acquérir*.

Vente d'une chose qui n'est pas dans le commerce. — La vente d'une chose qui n'est pas dans le commerce, comme d'un homme libre *pro servo*, d'un lieu sacré, public ou religieux (*loca sacra vel religiosa, item publica*), est nulle en ce sens que la chose hors du commerce ne pourra pas être valablement livrée et acquise à l'acheteur, et que le vendeur ne pourra pas en exiger le prix; mais elle est valable à un autre point de vue; en effet, l'acheteur de bonne foi, qui ignorait que la chose fût hors du commerce, pourra agir contre le vendeur par l'action *ex empto* pour l'intérêt qu'il aurait à l'exécution de la vente. Cette action est donnée contre le vendeur non-seulement en cas de dol de sa part, mais même au cas où il aurait ignoré que la chose fût hors du commerce (Instit., § 5, *eod.*; L. 70, D., *De contrah. empt.*, liv. XVIII, tit. I; L. 39, § 3, D., *De evict.*, liv. XXI, tit. II).—Il est bon de remarquer que l'acheteur qui achète avec connaissance de cause une chose hors du commerce n'a aucune action contre le vendeur (*frustra quis sciens emit.* Instit., *ibid.*). — Dans la stipulation, il n'y aurait eu aucune action semblable, parce que le défaut d'objet licite dans l'obligation la rend

(1) C. civ., art. 1599. La vente de la chose d'autrui est nulle; elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui.

inutile *ipso jure*, et qu'on doit appliquer le droit strict en cette matière. Or l'action du contrat ne donne pas droit à des dommages-intérêts.

Vente d'une chose qui avait déjà péri lors du contrat.—Si la chose vendue n'existe plus au moment du contrat, la vente est nulle, car l'obligation du vendeur n'a pas pu naître, faute d'objet; et, par conséquent, celle de l'acheteur n'a pas pu naître, faute de cause (1). Il n'y a donc lieu à aucune action (L. 15, *pr.*, L. 57, § 1, D., *De contrah. empt.*, liv. XVIII, tit. I).

Du prix.

Le prix est un élément essentiel de la vente; *nam nulla emptio sine pretio esse potest* (Instit., § 1, *eod.*). Le prix doit :

1° *Être certain* (*certum*), c'est-à-dire déterminé par le contrat ou au moins déterminable en vertu d'une clause du contrat indiquant un moyen de détermination indépendant de la volonté des parties. — Exemple d'un prix déterminé d'une manière absolue par le contrat: je vous vends mon cheval *cent écus d'or;* — Exemple d'un prix déterminable d'après le contrat: je vous vends tant de mesures de blé *au prix qu'il a été vendu à tel marché;* ou bien moyennant *tout l'argent que vous avez dans votre bourse.* — Ainsi, quand le prix est laissé à la détermination de l'une des parties, par exemple, *si le vendeur s'en remettait à la discrétion de l'acheteur et à l'évaluation qu'il fera lui-même de la chose* (L. 35, § 1, D., *De ontrah. empt.*, liv. XVIII, tit. I), la vente est nulle par défaut de lien. — Peut-on convenir que le prix sera déterminé par un tiers que les parties désignent; exemple, par *Titius?* Il y avait sur ce point une vive controverse entre les jurisconsultes romains (Gaïus, C. III, § 140). Justinien, adoptant l'avis d'Ofilius et de Proculus, contraire à celui de Labéon et

(1) C. civ., art. 1601. Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle.

de Cassius, reconnaît dans cette convention une vente conditionnelle. Si donc le tiers détermine le prix, l'acheteur est tenu de payer et le vendeur de livrer suivant cette estimation. Mais si ce tiers meurt avant d'avoir déterminé le prix ou s'il refuse de le déterminer, la vente ne vaut pas, car la condition sous laquelle elle est faite est défaillie (Instit., § 1, *eod.*). Cette décision a passé dans notre Code civil (1).

2° *Être sérieux et non simulé* (*verum*). — Mais, pour être valable, le contrat de vente n'exige pas un prix proportionné à la valeur réelle de la chose (*justum pretium*).

3° *Consister en argent monnayé.* — C'était entre les anciens jurisconsultes une question de savoir si le prix ne pourrait pas consister en toute autre chose, par exemple en un esclave, en un fonds, en une toge. Les Sabiniens admettaient à ce sujet l'affirmative; ils citaient, pour appuyer leur opinion, certains vers d'Homère où l'échange est qualifié de vente, et ils soutenaient qu'à l'origine les ventes n'avaient dû consister qu'en échanges (Gaïus, C. III, § 141). L'opinion contraire de Proculus avait prévalu; en effet, si je donne un bœuf pour avoir un cheval ou réciproquement, il est impossible de savoir quel est de ces deux objets celui qui forme la chose vendue (*merx*), et celui qui forme le prix d'achat (*pretium*); et, par suite, de savoir quel est le vendeur (*venditor*) et quel est l'acheteur (*emptor*). Il importe cependant de les distinguer parce que leurs obligations ne sont pas les mêmes (Instit., § 2, *eod.*).

Différences entre la vente et l'échange. — Il existe entre la vente et l'échange d'importantes différences : — La vente est un contrat *consensuel*; l'échange est un contrat qui se forme *re*. — Dans la vente, le vendeur n'est pas précisé-

(1) Art. 1592. Le prix peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers : si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente.

ment tenu de transférer la propriété de la chose vendue à l'acheteur, au contraire l'acheteur doit rendre le vendeur propriétaire du prix. Dans l'échange, chaque partie doit transférer la propriété de la chose à l'autre.

Des obligations du vendeur.

Le vendeur n'est point tenu de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue (L. 30, § 1, D., *De act. emp.*, liv. XIX, tit. I). Il ne doit que lui en procurer une possession utile et durable (*vacuam possessionem tradere*). Cette obligation se divise en trois obligations :

Première obligation. — Celle de conserver la chose jusqu'à la tradition. Le vendeur est donc responsable de la perte et des détériorations survenues à la chose soit par son dol, soit même par sa faute (*non solum dolo, sed et culpa*). (L. 13, § 16, D., *De act. empt.*, liv. XIX, tit. I).

Deuxième obligation. — Celle de livrer la chose (*rem tradere*) à l'époque et au lieu convenus (L. 11, § 2, D., *eod.*).

Troisième obligation. — Celle de garantir l'acheteur, de le mettre à l'abri de toute éviction qui proviendrait d'une cause antérieure à la vente (*ut rem emptori habere liceat*). Observons que la loi ne se préoccupe que d'une éviction juridique et ne protége l'acheteur qu'autant qu'il a fait tout ce qu'il a pu pour se mettre à l'abri de l'action des tiers, notamment qu'il a averti le vendeur en temps utile du danger qui le menaçait (L. 29, D., *De eviction.*, liv. XXI, tit. II). — Outre la garantie de l'éviction, le vendeur est encore obligé à la garantie des vices cachés qui se découvriraient dans la chose après la vente et qui la rendraient impropre à l'usage auquel elle est destinée, ou qui en diminueraient sensiblement la valeur (L. 1, § 1, L. 31, *pr.*, D., *De ædil. edict.*, liv. XXI, tit. I) (1).

L'obligation de garantie est de la nature du contrat de vente; elle n'est point de son essence. En effet, le ven-

(1) Voy. art. 1641 de notre Code civil.

deur peut convenir qu'il ne devra point de garantie à l'acheteur (L. 11, § 18, L. 68, *pr.*, D., *De act. empt.*, liv. XIX, tit. I) (1). — Observons toutefois que, même dans l'hypothèse d'une stipulation de non-garantie, le vendeur est toujours responsable des évictions provenant d'un fait qui lui est *personnel*. Exemple : je vous vends ma maison que j'ai hypothéquée à l'acquittement d'une obligation, et je stipule que je vous la vends sans garantie. Cette stipulation est nulle, parce que le vendeur l'a faite avec l'intention frauduleuse de s'enrichir sciemment aux dépens de l'acheteur. L'acheteur évincé aura donc, malgré la stipulation de non-garantie, le droit de demander des dommages-intérêts (2).

Des obligations de l'acheteur.

L'acheteur contracte plusieurs obligations : — La principale est de *payer le prix* au terme convenu : et il doit *dare*, c'est-à-dire transférer la propriété des écus qui composent le prix (L. 11, § 2, D., *De act. empt.*, liv. XIX, tit. I). — Les autres obligations de l'acheteur sont *accessoires*, telles sont l'obligation de rembourser les impenses faites de bonne foi à la chose vendue depuis la vente (L. 13, § 22, D., *eod.*), celle de payer les intérêts de son prix du jour de la tradition, si le payement n'est pas à terme (L. 13, §§ 20, 21, D., *eod.*).

Des risques de la chose vendue.

Les risques de la chose vendue sont à la charge du vendeur ou de l'acheteur d'après les distinctions suivantes.

1° *Vente pure et simple ou à terme d'un corps certain.* — Dès que le contrat de vente est parfait, les risques de la chose vendue sont à la charge de l'acheteur, bien que la tradition ne lui ait pas encore été faite. Si donc l'esclave vendu meurt, ou est gravement blessé; si l'édifice est consumé en tout ou en partie par l'incendie; si le fonds est emporté en tout ou en partie par la violence du fleuve; si, par l'inondation ou par la tempête qui a renversé les

(1-2) Comp. Code civ., art. 1627 et 1628.

arbres, il se trouve considérablement réduit ou détérioré, le dommage est pour l'acheteur, obligé qu'il est, même quand il n'a pas reçu la chose, d'en payer le prix. En effet, le vendeur, n'étant tenu que de l'obligation de livrer, ne peut souffrir de ce que, sans sa faute, il se trouve dans l'impossibilité de satisfaire à son obligation (*Debitor speciei certæ interitu ejus liberatur*). Observons qu'au moment où la chose périt, l'acheteur n'en a pas encore été rendu propriétaire. La règle *res perit domino* est donc absolument fausse en droit romain; car la chose périt pour le créancier, et non pour le propriétaire qui se trouve libéré de l'obligation de la livrer (1). — Si la chose est volée ou détruite par un tiers, sans la faute du vendeur, les actions telles que la revendication, la *condictio* furtive, les actions *furti* et *damni injuriæ* qui seront données au vendeur en sa qualité de propriétaire, devront être cédées à l'acheteur (Instit., § 3, liv. III, tit. XXIII).

Réciproquement, si depuis la vente le fonds s'est accru par alluvion, le profit en est à l'acheteur qui ne doit payer que le prix convenu, et rien de plus; *nam et commodum ejus esse debet cujus periculum est* (Instit., *ibid.*).

2° *Vente conditionnelle d'un corps certain.* — Lorsque la chose vendue périt par cas fortuit dans l'intervalle entre la vente et la réalisation de la condition, il faut, pour déterminer lequel du vendeur ou de l'acheteur devra supporter les risques de la chose, distinguer suivant que la perte est totale ou partielle. — *En cas de perte totale*, les risques sont à la charge du vendeur. La vente n'a pu se former faute d'objet, par conséquent l'acheteur ne pourra être contraint à payer le prix convenu. — *En cas de perte partielle*, les risques sont à la charge de l'acheteur qui devra le prix convenu, sans diminution. En effet, au moment où la condition se réalise, l'obligation du vendeur

(1) Voy., sur la maxime *res perit domino* en droit romain et dans le droit français actuel, M. Labbé, *Etud. sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, n. 127 et suiv.

prend naissance; il en est de même de l'obligation de l'acheteur. Alors s'opère une rétroactivité qui reporte tous les effets du contrat au jour même de la vente. (L. 8, *pr.*, D., *De peric. et comm. rei vend.*, liv. XVIII, tit. VI).

Réciproquement, si, *pendente conditione*, la chose avait augmenté de substance, l'acheteur aurait le droit de demander cette augmentation sans accroissement de prix.

3° *Vente à l'essai ou moyennant dégustation.* — Une telle vente est conditionnelle, et n'est parfaite, sous tous les rapports, que lorsque l'acheteur a agréé les marchandises après l'essai ou la dégustation. Jusque-là, les marchandises demeurent aux risques et périls du vendeur. — Une question des plus controversées est celle de savoir si la qualité de la chose doit être appréciée suivant *le goût individuel* de l'acheteur qui pourrait capricieusement la refuser, ou suivant *le goût général*, si bien que le marché doive être considéré comme conclu, malgré le refus de l'acheteur, au cas où la chose est loyale et marchande, *boni viri arbitrio*. Suivant nous, c'est là une question d'intention et de circonstances qui ne comporte pas une solution absolue (1).

4° *Vente d'une chose de genre* (*genus*), comme de vingt sacs de blé, d'un cheval, d'un esclave. Les risques sont toujours pour le vendeur jusqu'à la livraison, parce qu'il est de règle que les choses qui ne sont pas des corps certains ne périssent point et sont remplacées par d'autres du même genre (*genera non pereunt*) (L. 35, §§ 5, 6, D., *De contrah. empt.*, liv. XVIII, tit. I).

Des modalités du contrat de vente.

La vente peut être faite purement ou simplement, ou sous condition, ou à terme. (Instit., § 4, *eod.*)

De quelques pactes accessoires au contrat de vente.

De l'addictio in diem. — L'*addictio in diem* est le pacte

(1) Telle est aussi l'opinion de M. Van Wetter, t. II, § 227 *bis*, p. 8.— *Contra*, MM. Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 635, observat. 2; Arndts, *id.*, t. II, § 304, observat. 2; Windscheid, *id.*, t. II, § 387; Namur, 2e édit., t. II, § 258, p. 8.

par lequel il est convenu entre les parties que, si le vendeur trouve, dans un temps déterminé, l'occasion d'un marché plus avantageux pour lui (*meliore allata conditione*), la vente n'aura pas lieu si elle a été faite *sub conditione*, ou se trouvera résolue si elle a été contractée *pure* (L. 2, D., *De in diem addict.*, liv. XVIII, tit. II.)

Du pacte commissoire ou *lex commissoria.* — La *lex commissoria* est le pacte par lequel on convient que, si le prix n'est pas payé avant tel ou tel délai, la vente sera résolue au gré du vendeur, et la chose sera considérée comme non achetée (*ut si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit*) (D., *De lege commissoria*, liv. XVIII, tit. III). — Le mot *lex*, *leges* désigne souvent les clauses d'un contrat.

Du pacte de réméré. — Par le pacte de réméré on convient que le vendeur pourra faire considérer la vente comme non avenue et reprendre la chose en remboursant le prix dans un certain délai. La vente à réméré est donc un moyen de se procurer de l'argent sans perdre l'espoir de reprendre la propriété de la chose vendue (*ut sive venditor; sive heredes ejus, emptori pretium, quandocumque vel intra certa tempora, obtulissent, restitueretur*) (L. 2, C., *De pactis inter empt. et vendit.*, liv. IV, tit. LIV). — Dans les cas de *lex commissoria* et de pacte de réméré, la vente est pure et simple; c'est sa résolution qui est conditionnelle (1).

De la rescision de la vente pour cause de lésion.

Au Bas-Empire, deux rescrits des empereurs Dioclétien et Maximien ont décidé que le vendeur d'*immeubles* aurait le droit de faire rescinder la vente pour vileté de prix. Il y avait vil prix (*minus pretium*), lorsqu'il était inférieur à la moitié de la véritable valeur qu'avait la chose au moment de la vente. C'est la lésion d'*outre moitié* de notre

(1) Voy., dans notre Code civil, des dispositions correspondantes art. 1659 et suiv.

ancienne jurisprudence. L'acheteur, dans ce cas, peut rendre l'immeuble et réclamer le prix qu'il a payé, ou garder l'immeuble en payant le supplément du juste prix (LL. 2, 8, C., *De rescind. vendit.*, liv. IV, tit. XLIV). Les rescrits de Dioclétien et de Maximien ne s'appliquent pas aux *meubles*, dont la valeur est trop sujette à variations (1); ils ne profitent qu'au vendeur, et non pas à l'acheteur qui aurait été également lésé outre moitié, et ne sauraient être étendus aux autres contrats onéreux de bonne foi (2). — Ces dispositions ont passé en principe dans notre législation (3).

Des actions qui se rencontrent dans le contrat de vente.

Le contrat de vente produit deux actions directes : toutes les deux de bonne foi :

L'action *venditi* ou *ex vendito* donnée au vendeur pour réclamer le paiement du prix, le remboursement des impenses faites de bonne foi à la chose vendue depuis la vente, etc.

L'action *empti* ou *ex empto*, donnée à l'acheteur pour réclamer la tradition de la chose et tous les accessoires qu'elle comprend *ex æquo et bono;* pour obtenir une in-

(1) *Sic*, MM. Demangeat, t. II, p. 314; Labbé, *à son cours*. — Suivant d'autres auteurs, au contraire, le raisonnement des empereurs est absolu, et les motifs de leurs décisions s'appliquent aussi bien aux choses mobilières qu'aux immeubles. *Sic*, MM. Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 611, n° 2; Ortolan, t. III, n° 1487, p. 289; Maynz, t. II, § 299, p. 242, note 11; Namur, 2e édit., t. II, § 268, p. 20; Van Wetter, t. I, § 219, p. 794.

(2) Voy. conf., sur ces deux points, MM. Ortolan, Maynz, Namur, Van Wetter, *ubi suprà*.

(3) C. civ., art. 1674. Si le vendeur a été lésé de plus de *sept douzièmes* dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.

Art. 1675. Pour savoir s'il y a lésion de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente.

Art. 1681. L'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total.

demnité en cas d'éviction, ou lorsque, par sa faute, le vendeur ne peut pas livrer la chose, etc. (D., *De act. empt. et vendit.*, liv. XIX, tit. I; C., liv. IV, tit. XLIX).

On rencontre en outre dans le contrat de vente les actions suivantes :

L'action *rédhibitoire* (*actio redhibitoria*), qui permet à l'acheteur de rendre au vendeur la chose dans laquelle des vices cachés et non apparents ont été découverts après la vente, et d'exiger une indemnité pour le préjudice qu'il éprouve (L. 21, D., *De ædilit. edict.*, liv. XXI, tit. I).

L'action *quanto minoris* ou *æstimatoria*, qui fait obtenir à l'acheteur ce qu'il aurait donné en moins comme prix s'il avait eu connaissance des vices qui se sont découverts dans la chose après la vente.

L'acheteur peut donc choisir l'une ou l'autre de l'action *rédhibitoire* ou de l'action *quanto minoris*. Ces deux actions, introduites par l'Édit des édiles, n'ont pas la même durée. L'action *rédhibitoire* ne dure que six mois; l'action *quanto minoris* dure un an (L. 19, § 6, D., *De ædilit. edict.*, liv. XXI, tit. I).

L'action *ex stipulatu*, qui fait obtenir à l'acheteur le double du prix dans le cas où il est évincé de la possession de la chose vendue. Cette stipulation était d'usage dans les ventes d'une certaine importance; elle était même ordonnée par les édiles dans les ventes d'esclaves et d'animaux (L. 37, § 1, D., *De evict.*, liv. XXI, tit. II). Quand la stipulation a été faite, l'acheteur évincé a deux moyens de recourir contre le vendeur, il a l'action *ex empto* ou l'action *ex stipulatu*. Ces deux actions se séparent par de nombreuses différences : — *Relativement à la nature des actions*. L'action *ex stipulatu* est une action de droit étroit; l'action *ex empto* est une action de bonne foi. — *Relativement à la quotité*. L'action *ex stipulatu* fait obtenir à l'acheteur le double du prix d'achat, quelle que soit la valeur de la chose au moment de l'éviction. L'action *ex empto* donne à l'acheteur la valeur même de la chose au

moment de l'éviction; elle est une réparation exacte du dommage qu'éprouve l'acheteur (L. 70, D., *De evict.*, liv. XXI, tit. II). Il en résulte que, dans certains cas, l'acheteur obtiendra une indemnité plus considérable par l'action *ex stipulatu* que par l'action *ex empto* : par exemple, au moment de l'éviction la chose vendue 150 écus ne vaut plus que 60 écus. Par l'action *ex empto* l'acheteur ne pourrait obtenir que 60 écus, c'est-à-dire la réparation du préjudice causé par l'éviction, et rien de plus. Par l'action *ex stipulatu*, il peut exiger le double du prix d'achat, c'est-à-dire 300 écus. Dans d'autres cas, l'acheteur aura plus d'intérêt à exercer l'action *ex empto* que l'action *ex stipulatu* : par exemple, au moment de l'éviction, la chose vendue 150 écus en vaut 700. Par l'action *ex stipulatu* l'acheteur ne pourrait obtenir que le double du prix d'achat, c'est-à-dire 300 écus; par l'action *ex empto* il ne souffrira pas de l'éviction puisqu'il entrera dans la valeur même de la chose 700 écus.—*Relativement aux cas d'application.* L'acheteur a traité avec un *non dominus;* puis il devient l'héritier du véritable propriétaire de la chose. Il est donc assuré de n'être pas inquiété dans sa possession. Il ne pourra pas agir contre le vendeur par l'action *ex stipulatu;* car il n'y a pas éviction dans le sens strict du mot. Mais comme il n'a pas la chose en vertu de la vente, il intentera avec succès contre le vendeur l'action *ex empto* (L. 41, D., *De evict.*, liv. XXI, tit. II). Réciproquement, il y a des cas où l'action *ex empto* n'aurait aucune efficacité, tandis que l'action *ex stipulatu* peut fournir à l'acheteur le double du prix d'achat : par exemple, un tiers intente une action en revendication contre l'acheteur d'un esclave. Durant le procès l'esclave meurt. Le juge, saisi de l'affaire, n'en devra pas moins résoudre la question de propriété; et si elle est résolue en faveur du demandeur contre l'acheteur, il y aura une éviction qui donnera lieu à l'action *ex stipulatu.* L'acheteur obtiendra le double du prix qu'il a payé au vendeur, bien qu'en réalité l'éviction ne lu

cause, dans l'espèce, aucun préjudice. Au contraire, il ne saurait y avoir lieu à l'action *ex empto* (1) (L. 16, *pr.*, D., *De rei vindic.*, liv. VI, tit. I).

APPENDICE

DU TRANSPORT DES CRÉANCES.

C'est là une des matières les plus obscures du droit romain, sur laquelle cependant de récents travaux publiés en Allemagne et en France viennent de jeter un peu de lumière.

Deux opinions sont en présence : — l'une qui proclame l'inaliénabilité des créances, c'est-à-dire l'impossibilité de transférer à une autre personne le droit d'obligation considéré en lui-même, indépendamment du résultat pécuniaire ou de la valeur de ce droit ; — l'autre qui soutient qu'en droit romain, aussi bien qu'en droit moderne (2), les créances sont aliénables, tout aussi aliénables qu'une maison ou qu'un fonds de terre, bien qu'elles le soient par des moyens différents. Résumons les arguments invoqués de part et d'autre :

Suivant la plupart des interprètes (3), l'inaliénabilité de la créance tient à la nature même de l'obligation, telle du moins que les Romains l'avaient comprise. Qu'est-ce, en effet, que l'obligation ? Un lien tout personnel qui unit l'une à l'autre deux personnes déterminées. Que l'une de ces personnes vienne à disparaître, et soudain le lien se rompt, l'obligation se dissout. En d'autres termes, le créancier ne peut être forcé d'accepter un autre débiteur, ni le débiteur de subir un autre créancier. Sans doute, à la mort du créancier, ses droits

(1) Consult., sur tous ces points, l'intéressante dissertation de notre savant maître M. Labbé, *Des conséquences de l'éviction*, etc., Rev. prat. de dr. franç., 1872, t. 2, p. 289 et suiv.

(2) Cod. civ., art. 1689-1704.

(3) *Sic*, Doneau, *Comment.*, L. XV, c. 44, n° 15; MM. de Savigny, *System des röm. Rechts*, t. III, § 105, note *f*; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. II, § 272, p. 65 et suiv.; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. II, p. 164; Namur, 2e édit., *Cours d'Instit.*, t. I, § 233, p. 318 et suiv.; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 176, p. 614; Labbé et Machelard, *à leurs cours*.

passent à ses héritiers, et il est également possible de remplacer un créancier par un autre au moyen de la novation. Mais, ni dans l'un ni dans l'autre cas, il n'y a transfert véritable du droit de créance : d'un côté, les héritiers sont censés ne faire qu'une seule personne avec leur auteur, et d'un autre côté la novation, loin de transférer le rapport obligatoire existant, l'anéantit, en produisant une créance nouvelle entièrement distincte de l'ancienne. Sans doute encore, au moyen de la constitution d'un *procurator in rem suam*, le créancier peut transférer à une autre personne le résultat pécuniaire ou la valeur de la créance. Mais la créance elle-même reste jusqu'à son extinction attachée à la personne du mandant; c'est au nom de ce dernier qu'elle est réclamée en justice. Donc tout transport réel est impossible, comme contraire à la nature même des choses.

En faveur de l'aliénation des créances se présentent des considérations tirées les unes de la raison pure, les autres des nécessités pratiques, enfin d'autres fournies par des arguments de texte. M. Gide (1) vient de les développer dans une savante dissertation que nous essaierons de résumer. — D'abord, tout droit pécuniaire est, en règle générale, un droit aliénable. Or, le caractère d'une créance est toujours pécuniaire; donc, à un point de vue rationnel, le droit de créance doit pouvoir être aliéné (2). — De plus, l'aliénabilité des créances était chez les Romains une nécessité pratique, puisque l'on ne pouvait, comme chez nous, contracter et stipuler par mandataire. Celui qui stipulait, fût-ce par ordre et dans l'intérêt d'autrui, devenait créancier lui-même et pour son propre compte, et ce n'est qu'à l'aide d'un transfert que la créance pouvait passer

(1) *Du transport des créances en droit romain*, Rev. de législ., année 1874, p. 33 et suiv. — Cette thèse a été soutenue en Allemagne, par MM. Brinz, *Kritische Blätter*, n° 2, 1852; Delbruck, *die Uebernahme fremder Schulden*, 1853; Windscheid, *die Singularsuccession in Obligationen Kritische Ueberschau*, t. I, p. 27, 1853; Salpius, *Novation und Delegation*, p. 341 et suiv. — Consult. aussi une thèse de doctorat soutenue, devant la Faculté de droit de Paris, par M. René Garraud.

(2) M. Gide, *loc. cit.*, p. 37 et 38.

ensuite du mandataire au mandant. Tout mandat de contracter entraînait donc à sa suite un transfert de créance. Déclarer impossible le transfert, c'eût été rendre impossible le mandat (1). — Enfin, si l'on interroge les textes, on trouve un mode de transmission qui, de l'aveu de tous, s'applique au droit de créance tout comme au droit de propriété ; c'est la transmission à titre universel. Et ce n'est pas seulement l'héritier qui succède aux créances, ce sont aussi tous les autres successeurs universels, l'*emptor bonorum*, le *sector bonorum*, l'*adrogator* (2). Si la créance peut se transmettre avec l'ensemble du patrimoine, pourquoi ne pourrait-elle pas tout aussi bien faire l'objet d'un transfert spécial? En général, tous les droits qui se transmettent à titre universel peuvent se transmettre également à titre particulier (3). Lorsque Gaïus, dans le second commentaire de ses Institutes (§§ 38-39), après avoir examiné les modes d'aliénation des choses corporelles, passe au transfert des créances, déclare-t-il que ce transfert est impossible, comme contraire à la nature même de l'obligation? Pas le moins du monde. Voici comment il s'exprime : « *Obligationes quoquo modo contractæ nihil eorum recipiunt; nam quod mihi ab aliquo debetur id si velim tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad alium transferuntur id efficere possumus, sed opus est ut, jubente me, tu ab eo stipuleris; quæ res efficit ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quæ dicitur novatio obligationis. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere; sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut procurator meus, experiri.* » En d'autres termes, Gaïus répond : « Je ne pourrai opérer ce transfert par l'un des modes usités pour transférer les choses corporelles, mais il faudra que, sur mon ordre, vous stipuliez de mon débiteur (ce qu'on appelle une novation) ou que vous le poursuiviez en justice à ma place. » Traduire les mots : « *Obligationes nihil eorum recipiunt* » par ceux-ci :

(1) M. Gide, *loc. cit.*, p. 37 et 38.
(2-3) *Ibid.*, p. 39 et 40.

« les obligations ne sont susceptibles d'aucune espèce de transfert » ; c'est faire rien moins qu'un contre-sens. Ce que Gaïus déclare inapplicable à l'obligation, ce n'est pas le transfert en lui-même, ce sont certaines formes de transfert, la tradition, la mancipation, la cession en justice; mais, en écartant ces trois formes, il les remplace par deux autres qu'il présente comme leur équivalent. Les deux modes de transfert indiqués par Gaïus sont deux procédés servant à la même opération, deux voies conduisant au même but; aussi les réunit-on sous une dénomination commune, celle de *délégation* : « *Fit delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem* ». (LL. 1, 2, 11, § 1, 34, § 2, D., *De novat.*, liv. XLVI, tit. II; L. 19 *in fine*, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III; LL. 1, 3, C., *De novat.*, liv. VIII, tit. XLII; *Frag. vatic.*, 263.) — Si les modes d'aliénation sont moins aisés, moins nombreux pour les créances que pour les choses corporelles, la raison en est facile à comprendre : c'est que tout transfert de créance nécessitait, dans les idées romaines, la présence et l'intervention du débiteur. Mais, en exigeant l'intervention du débiteur, la loi romaine n'exige pas son consentement : elle donne, en effet, deux moyens d'opérer le transfert, stipuler du débiteur ou le poursuivre en justice: dans la stipulation, l'intervention du débiteur est active et volontaire; dans la poursuite en justice, son intervention est passive et forcée; en un mot, la créance ne peut se transférer sans lui, mais elle peut se transférer malgré lui. Ce mécanisme, défectueux dans quelques détails, répond si bien dans son ensemble aux besoins de la pratique, que nous le retrouvons, sous des formes nouvelles, jusque dans les lois modernes. En exigeant, dans l'art. 1690, que le transport de la créance soit notifié au débiteur ou accepté par lui, les rédacteurs de notre Code ont involontairement reproduit, du moins dans ses traits essentiels, l'ancienne théorie romaine. En droit français, comme en droit romain, il faut, pour que le transfert se réalise, une intervention du débiteur, tantôt passive et

forcée, tantôt active et volontaire; seulement les formes se sont simplifiées : plus de poursuites en justice, mais une simple notification; plus de stipulation solennelle, mais une simple acceptation du débiteur (1).

TITRE XXIV

Du louage

Définition. — Le louage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage, moyennant un prix que l'autre partie s'oblige à payer, soit à procurer à celle-ci, pendant un temps convenu, l'usage et la jouissance d'une chose, soit à rendre un service appréciable en argent, soit à confectionner un ouvrage.

Des diverses variétés de louage.

Il y a trois espèces de louage, savoir : — 1° le louage de choses (*locatio, conductio rerum*), par exemple, d'une maison ou d'une ferme; — 2° le louage de services (*locatio, conductio operarum*), par exemple, d'un serviteur à gages; — 3° le louage d'un ouvrage à exécuter (*locatio, conductio operis*), par exemple, le marché fait avec un architecte pour qu'il construise une maison.

On appelle *locator* (bailleur, locateur) celui qui s'oblige à fournir soit la chose soit son industrie; *conductor* (preneur, locataire), celui qui s'engage à payer la rétribution. Dans le troisième cas (*locatio, conductio operis*), ces dénominations sont souvent interverties. Si l'on considère les soins et la surveillance, l'architecte ou entrepreneur est *locator* de ses soins et de sa surveillance (*operarum*), et celui qui lui a commandé l'ouvrage est *conductor*. Mais dans la plupart des textes l'entrepreneur est appelé *conductor* ou *redemptor operis*. Alors on considère la construction en elle-même comme un projet qui appartient à celui qui en a commandé la réalisation et qui est *locator operis*.

(1) M. Gide, *loc. cit.*, p. 44 à 45.

L'entrepreneur, par conséquent, ne fait que prendre à bail l'ouvrage (*opus conduxit*); d'où lui est venue la dénomination de *conductor*. — Outre les noms génériques de *locator*, *conductor*, le contrat de louage offre quelques dénominations particulières. Ainsi, le locataire d'un bien rural s'appelle *colonus* (1), celui d'une maison *inquilinus*.

I. RÈGLES COMMUNES A TOUTES LES VARIÉTÉS DE LOUAGE.

Conditions essentielles à tout contrat de louage. — Trois conditions sont essentielles au contrat de louage : le consentement des parties, une chose à fournir, un prix.

1° *Le consentement.* — Le contrat de louage est un contrat consensuel. Comme la vente, il est parfait aussitôt que les parties sont tombées d'accord sur la chose qui devra être fournie par l'une, et sur la somme que l'autre devra payer (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XXIV). — Bien entendu, si les parties n'ont traité qu'avec l'intention de rédiger ensuite un écrit (*instrumentum*), le contrat ne sera parfait que lorsque l'écrit aura été dressé et qu'il ne manquera plus rien à sa régularité (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XXIV).

2° *Une chose à procurer.* — De même qu'en matière de vente, l'objet de l'obligation doit être suffisamment déterminé; sans quoi, il dépendrait du locateur de rendre illusoire son obligation. L'objet du contrat de louage peut être de diverse nature et consister soit dans l'usage ou la jouissance d'une chose, soit dans certains services, soit dans un ouvrage à confectionner.

3° *Un prix.* — Ce qui est appelé *pretium* dans la vente se nomme en matière de louage *merces*. Tel est, du moins, le terme générique. Quant aux immeubles, urbains ou

(1) Ce *colonus*, simple fermier, ne doit pas être confondu avec les *coloni* qui, dans les derniers temps de l'Empire, forment une classe de personnes intermédiaire entre les hommes libres et les esclaves. Voy. *suprà*, liv. I, tit. VIII, p. 42.

ruraux, le prix du loyer prend le nom de *pensio* ou de *reditus* (L. 24, §§ 1, 2, et 4, D., *Locat. cond.*, liv. XIX, tit. II). — La *merces* doit :

Être *déterminée* ou du moins être *déterminable d'après le contrat*, de manière que sa fixation ne dépende plus de la volonté de l'une des parties. Si donc je remets au foulon ou au tailleur des vêtements à nettoyer, à soigner, ou à raccommoder sans fixation immédiate de salaire, mais avec l'intention de payer plus tard ce dont il sera convenu entre nous, il n'y aura pas là, à vrai dire, un louage (*locatio operarum*). Quelle est la nature de ce contrat ? Après bien des discussions (Gaïus, C. III, § 143), on a décidé qu'il n'y avait là qu'un contrat innomé pouvant donner lieu à l'action *præscriptis verbis*. Tant que l'ouvrier n'aura pas accompli sa tâche, il n'y a qu'un pacte non obligatoire; lorsqu'il l'aura accomplie, cette exécution fera naître pour lui une action contre moi (Instit., § 1 *in fine*, liv. III, tit. XXIV).

Etre *sérieuse* et *non simulée*.

Consister *en argent monnayé*. — Si donc deux personnes étaient convenues que chacune d'elles pourrait respectivement jouir ou user d'une chose appartenant à l'autre; par exemple, si deux voisins consentaient à se prêter mutuellement leurs bœufs pendant dix jours pour labourer leurs champs, pourrait-on voir dans une pareille convention un vrai louage? La question était discutée entre les jurisconsultes romains. Les Sabiniens pensaient qu'il y avait là un louage. Les Proculiens au contraire y voyaient un contrat innomé donnant lieu à l'action *præscriptis verbis* pour la partie qui aurait exécuté son engagement. C'est cette dernière opinion que consacrent les Institutes (§ 2, *eod.*). — On ne saurait non plus assimiler une telle convention à un commodat. En effet, le commodat est un contrat essentiellement gratuit. Ici chaque voisin n'use pas gratuitement des bœufs de l'autre, puisqu'il est obligé de prêter les siens (Instit., *ibid.*).

Des actions relatives au contrat de louage. — Le contrat de louage produit deux actions :

L'action *locati* donnée au locateur : 1° pour se faire payer le prix du loyer aux termes convenus (L. 54, *pr.*, D., *Locat. cond.*, liv. XIX; tit. II); 2° pour exiger la restitution de la chose louée à l'expiration du bail (L. 48, § 1, D., *eod.*); 3° pour obtenir une indemnité si la chose a péri ou a été détériorée par la faute du locataire qui doit veiller à la conservation de cette chose comme un bon père de famille (L. 25, § 7, D., *eod.*).

L'action *conducti* donnée au locataire : 1° pour obtenir la jouissance de la chose louée, pendant le temps convenu (L. 9, *pr.*, D., *eod.*); 2° pour se faire indemniser de tous troubles juridiques contrariant cette jouissance (LL. 7, 8, 9 *pr.*, D., *eod.*); 3° enfin pour se faire rembourser les impenses nécessaires et celles qui ont augmenté l'utilité de la chose louée (L. 55, § 1, L. 61, *pr.*, D., *eod.*).

D'ailleurs, les obligations respectives du locateur et du locataire doivent, à défaut de conventions expresses, se régler d'après l'équité (*ex bono et æquo debet præstare*. Instit., § 5, liv. III, tit. XXIV).

II. DE QUELQUES RÈGLES PARTICULIÈRES AU LOUAGE DE CHOSES.

La vente et le louage des choses ont entre eux une grande analogie. Mais ils diffèrent à certains points de vue.

Différences entre le louage des choses et la vente. — 1° La vente par elle-même ne transfère pas la propriété ; mais la tradition faite en vertu de la vente opère translation de propriété au profit de l'acheteur, lorsque la chose appartenait au vendeur; dans tous les cas, la vente a pour objet de procurer la possession *ad usucapionem* de la chose à l'acheteur. Au contraire, la tradition faite en vertu du louage ne transfère jamais la propriété

ni même la possession *ad usucapionem* de la chose, mais seulement l'usage et la jouissance de cette chose (L. 25, § 1, D., *De acquir. poss.*, liv. XLI, tit. II). — 2° Si la chose vendue périt par cas fortuit même avant la délivrance, elle périt pour l'acheteur qui est obligé de payer tout son prix, nonobstant la perte de la chose. Dans le louage, au contraire, la chose périt pour le locateur. En effet, le louage est un contrat successif. L'obligation de payer le loyer ou fermage est corrélative à l'obligation où est le locateur de procurer, *singulis momentis*, la jouissance de la chose. Cette jouissance, qui se répète *quotidie*, est la cause de l'obligation du locataire. Si donc la chose louée vient à périr par cas fortuits, le locateur sera libéré de son obligation de faire jouir le locataire; mais le locataire ne devra point, de son côté, la continuation d'un salaire qui désormais serait sans cause (L. 9, § 1, D., *Locat. cond.*, liv. XIX, tit. II; L. 15, D., *eod.*).

Différences entre le droit du locataire et celui de l'usufruitier. — La principale différence est que le locataire n'a qu'un droit *personnel*, tandis que l'usufruitier a un droit *réel*, un démembrement de la propriété. De cette différence capitale découlent les conséquences suivantes : — *Premièrement*, lorsque le locataire est troublé dans la jouissance de la chose par des tiers, lorsqu'il souffre d'une dépossession, il ne peut exercer contre eux d'action réelle en revendication de son droit; il n'a que l'action personnelle résultant du contrat pour forcer son locateur à l'indemniser ou à faire cesser le trouble apporté à sa jouissance. Au contraire, l'usufruitier a contre les tiers des moyens de défense et d'attaque; il est protégé par une action réelle, l'action confessoire (1) et par des interdits quasi-possessoires (2). — *Deuxièmement*, si le locateur, après avoir loué sa maison à *Titius*, la vend à *Sem-*

(1-2) Voy., sur l'action confessoire, *infrà*, liv. IV, tit. VI, et sur les interdits quasi-possessoires, liv. IV, tit. XV *in fine*.

pronius, celui-ci sera-t-il tenu de respecter le bail et de laisser *Titius* jouir jusqu'au terme convenu? Non, *Sempronius* pourra expulser *Titius* qui ne pourra pas lui opposer le droit qu'il tient du bail. Ce droit, en effet, n'est qu'un droit de créance contre l'ancien propriétaire. *Titius* ne pourra donc exiger de son locateur que des dommages-intérêts pour le préjudice que lui cause l'expulsion. Quant à l'acquéreur, il n'est point tenu à l'égard du locataire (L. 9, C., *De locat.*, liv. IV, tit. LXV). En droit français la solution est différente (1). Au contraire, l'usufruitier, ayant un droit réel sur la chose, ne souffrira point de l'aliénation consentie par le nu propriétaire. Celui-ci, en effet, n'a pu procurer au tiers que la propriété moins l'usufruit en vertu du principe : *Nemo plus juris*, etc. L'acheteur sera donc tenu de respecter le droit de l'usufruitier. — *Troisièmement*, le locateur est obligé non-seulement de livrer la chose, mais encore de faire jouir le locataire, en ce sens qu'il est tenu d'entretenir la chose en bon état et de faire les réparations nécessaires (L. 15, § 1, L. 19, § 3, D., *Locat cond.*, liv. XIX, tit. II.) Au contraire, une fois le droit d'usufruit constitué, c'est à l'usufruitier qu'incombe l'entretien de la chose (2).

Extinction du contrat de louage de choses.

Le louage de choses prend fin :

1° *Par l'expiration du temps convenu.* — Mais si, à l'échéance du terme, le locataire continue de jouir, il résulte de ce fait une présomption que les parties ont voulu renouveler entre elles l'ancien contrat de louage (*tacito consensu eamdem locationem renovare videtur*). Il y a alors ce que nous appelons *tacite réconduction* (L. 13, § 11, L. 14, D., *eod.*). A la tacite réconduction s'appliquent les

(1) Cod. civ., art. 1743. Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail.

(2) Il existe encore d'autres différences au point de vue de la constitution et de l'extinction des deux droits.

règles du bail originaire, sauf en ce qui concerne la durée. En effet, s'agit-il d'un fonds rural, le nouveau bail est censé fait pour une année, délai indispensable au fermier pour faire la récolte. S'agit-il de bâtiments (*prædiis urbanis*), aucun terme n'est fixé à la réconduction; il s'ensuit que, comme dans le bail sans fixation de durée, chaque partie peut y renoncer quand elle veut, à moins que la durée du bail originaire n'ait été déterminée par écrit, auquel cas la réconduction tacite a lieu pour le même laps de temps (1) (*nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est*. L. 13, § 11, D., *eod.*).

2° *Par la perte de la chose louée.* — Le propriétaire, ne pouvant plus procurer au locataire la jouissance promise, cesse dès cet instant d'avoir droit au prix du louage (L. 9, § 1, D., *eod.*).

3° *Par la sentence du juge,* pour abus de jouissance ou défaut de payement du prix pendant deux ans (L. 54, § 1, D., *eod.*).

4° *Par le fait du bailleur* qui n'assure pas la jouissance de la chose louée (L. 13, § 7, D., *eod.*).

5° *Par la nécessité où est le locateur de reprendre sa chose.* — En effet, celui qui loue sa maison est censé la louer parce qu'il n'a pas besoin de l'habiter lui-même. Mais si plus tard il prouve qu'il a indispensablement besoin de sa maison, il peut déloger son locataire et venir occuper sa maison (L. 3, C., *De locato et conducto*, liv. IV, tit. LXV).

6° *Par le mutuel consentement des parties.*

La mort du locataire (*conductor*) ni celle du bailleur (*locator*) ne mettent fin au louage de choses (Instit., § 6),

(1) *Sic*, MM. Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 644, n° II, 2°; Windscheid, *id.*, t. II, § 402, 3°; de Fresquet, t. II, p. 176; Namur, 2e édit., t. II, § 278, p. 29; Demangeat, t. II, p. 318. — D'autres interprètes pensent que le texte précité doit être ainsi traduit : « à moins que les parties n'aient, dans le contrat originaire, déterminé d'avance le temps pour lequel la réconduction tacite éventuelle serait censée se faire ». *Sic*, MM. Schilling, *Lehrb.*, t. III, § 307, texte et note 4; Maynz, t. II, § 302, p. 224, note 13; Van Wetter, t. II, § 234, p. 46, texte et note 10.

liv. III, tit. XXIV), parce qu'en général, les droits et les obligations sont transmissibles aux continuateurs de la personne. — Il en est autrement de l'usufruit (1).

III. DE QUELQUES RÈGLES PARTICULIÈRES AU LOUAGE DE SERVICE ET AU LOUAGE D'OUVRAGE.

Analogie entre le louage d'ouvrage et la vente. — Il y a une grande analogie entre le louage d'ouvrage et la vente. Ainsi, supposons qu'un industriel s'engage à confectionner un ouvrage; par exemple, un orfévre à faire des anneaux d'or d'un certain poids et d'une certaine forme pour un prix déterminé, dix écus. Deux hypothèses peuvent se présenter : — *Première hypothèse.* L'orfévre a reçu de celui qui a commandé l'ouvrage la matière première, c'est-à-dire l'or destiné à la confection des anneaux. Dans ce cas le prix n'a été fixé que pour la main-d'œuvre, c'est un contrat de louage; on n'en a jamais douté (*quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit*). — *Deuxième hypothèse.* Il a été convenu que l'orfévre, outre sa main-d'œuvre, fournirait l'or nécessaire à la confection des anneaux. Y a-t-il là un louage ou un contrat de vente? *Cassius* était d'avis de séparer l'opération en deux opérations distinctes et de dire qu'il y avait vente relativement à la matière, et louage relativement à la main-d'œuvre. Mais c'était-là une complication. Aussi l'opinion qui a prévalu est que le contrat est en tout une vente (Instit., § 4, liv. III, tit. XXIV) (2).

Extinction du louage de service et du louage d'ouvrage. Les différentes règles sur la fin ou la résiliation du louage de choses sont applicables au louage de service

(1) Voy. *suprà*, liv. II, tit. IV, p. 148.
(2) Le Code civil semble considérer cette opération comme un louage, art. 1788.

ou d'ouvrage, mais avec les modifications réclamées par la nature particulière de ces deux variétés du contrat de louage. — Il y a, en outre, une cause d'extinction spéciale à ces deux sortes de louage. Ainsi, la *locatio operarum* prend fin par *la mort du locator*, car avec lui périt la chose louée ; la *locatio operis faciendi* finit par la mort du *conductor*, de l'entrepreneur ; car les talents, les soins et la probité de celui avec qui l'on traite pour la confection d'un ouvrage entrent le plus souvent en grande considération dans la *locatio operis faciendi*. Or ces qualités disparaissent avec la personne.

De l'emphytéose

Définition. — L'emphytéose est un contrat par lequel le propriétaire d'un terrain concède, moyennant une redevance annuelle, à quelqu'un, pour lui et ses héritiers, la jouissance de ce terrain à perpétuité ou pour un temps très-long (*cent ans par exemple*).

Origine de l'emphytéose.

L'emphytéose doit son origine à la location des terrains publics, affermés à perpétuité par l'Etat ou par un municipe, moyennant un revenu appelé *vectigal* (Gaïus, C. III, § 145 ; L. 1, *pr.*, D., *Si ager vectigalis*, liv. VI, tit. III). — Plus tard l'usage de ces locations perpétuelles s'étendit aux biens des églises, enfin aux biens des particuliers.

Quel est le caractère du contrat d'emphytéose ?

Le concédant reste propriétaire du fonds, mais le droit du concessionnaire est plus étendu que dans un louage ordinaire. En effet, le préteur a accordé à ce locataire une sorte de droit réel, un démembrement du droit de propriété. Par l'action réelle, utile (*utilitatis causa*), le concessionnaire était suffisamment protégé contre les tiers, en cas de trouble dans sa possession. — Mais dans les

rapports du concédant et du concessionnaire, comment fallait-il considérer le contrat d'emphytéose ? Etait-ce un louage ou une vente ? La question était controversée entre les jurisconsultes romains; elle offrait une grande importance au point de vue des risques. En effet, si l'on assimilait l'emphytéose au louage, on mettait les risques à la charge du propriétaire; en cas de perte de la chose, le concessionnaire était libéré du service de la redevance. Au contraire, si on l'assimilait à la vente, le concessionnaire, comme tout acheteur de corps certain, était soumis aux risques et tenu de payer la redevance, malgré la perte de la chose. Toutefois l'opinion qui assimilait le contrat d'emphytéose au contrat de louage avait fini par prévaloir. Or, cette solution était loin d'être satisfaisante, et d'être conforme à une saine interprétation de la volonté des parties. Aussi, au Bas-Empire, l'empereur Zénon a décidé qu'il y aurait en ce cas un contrat *sui generis* participant à la fois du contrat de louage et du contrat de vente. Il a donné à ce contrat le nom d'*emphytéose*. D'où on a nommé emphytéote (*emphyteuta*) celui qui a ce démembrement particulier du droit de propriété, et qui jadis s'appelait *conductor;* et *prædium emphyteuticarium*, l'immeuble qui en fait l'objet (jadis *ager vectigalis*) (Instit., § 3, liv. III, tit. XXIV).

Comment s'établit l'emphytéose ?

De trois manières, à savoir :

1° Par convention. Il y a controverse sur le point de savoir si la tradition est nécessaire pour l'acquisition du droit réel d'emphytéose (1);

2° Par acte de dernière volonté;

3° Par usucapion. Mais ce point est également controversée (2).

(1) Voy. *suprà*, liv. II, tit. III, p. 438, note 2.
(2) *Sic*, MM. Windscheid, *Lehrb.*, t. I, § 224, note 8; Van Wetter, t. I, § 132, p. 462 et 463. — *Contrà*, MM. Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 360; Namur, 2e édit., t. I, § 189, p. 264; Meyer, t. I, § 236.

Différences entre l'emphytéote et le locataire ordinaire d'un immeuble.

1° *Au point de vue de la jouissance.* — Le locataire jouit de la chose conformément à la destination qu'elle avait au moment de la location ; il n'a pas le droit d'en changer la manière d'être ni la substance. Par exemple, le locataire d'un terrain planté en vignes ne pourrait détruire les vignes et transformer le vignoble en prairies. Au contraire, l'emphytéote a le droit de jouir, de la façon la plus large, de transformer la substance de la chose, pourvu qu'il ne la détériore pas.

2° *Au point de vue des risques.* — Le locataire ne supporte ni les risques de la perte totale de la chose louée, ni les risques de la perte partielle. Les pertes restent toujours à la charge du locateur. Au contraire, l'emphytéote supporte les risques de la perte partielle, il doit la redevance annuelle tant qu'il n'y a pas perte totale. Sous ce rapport l'emphytéose se rapproche de la vente. Ce n'est que lorsque la perte est totale que la redevance cesse d'être exigible, comme en matière de louage (Instit., § 3, liv. III, tit. XXIV).

3° *Au point de vue de la transmissibilité.* — Le contrat de louage se transmet après la mort de l'une ou de l'autre des parties à leurs héritiers ou successeurs *in universum jus*. Le contrat d'emphytéose peut être transmis non-seulement à des héritiers ou successeurs *in universum jus*, mais encore à des successeurs à titre particulier. L'emphytéote peut donc vendre son droit. Mais il y a des conditions spéciales à remplir. Justinien impose à l'emphytéote qui veut aliéner son droit sur la chose l'obligation d'avertir le *dominus*, lequel a deux mois pour exercer une préemption, c'est-à-dire qu'il a le droit d'être préféré à l'acquéreur et qu'il peut reprendre la possession de sa chose en payant à l'emphytéote le prix que lui offre l'acquéreur éventuel. Si le propriétaire n'exerce pas cette préemption, il doit subir la vente, et la transmission sur la

tête de l'acquéreur des obligations de l'emphytéote. Mais alors le propriétaire doit toucher le cinquantième ou 2 pour 100 du prix de la vente faite par l'emphytéote (L. 3, C., *De jure emphyt.*, liv. IV, tit. LXVI).

Extinction de l'emphytéose.

L'emphytéose prend fin :

1° Par la perte totale de la chose (L. 1, C., *eod.*).

2° Par la mort de l'emphytéote, sans héritiers quelconques.

3° Par la prescription dans l'un des trois cas suivants : — Lorsque l'emphytéote acquiert la chose d'un non-propriétaire et parvient à l'usucaper ; — lorsqu'un tiers ayant acquis la chose d'un non-propriétaire la possède pendant la possession de long temps contre le propriétaire et contre l'emphytéote ; — lorsque le propriétaire laisse prescrire son action personnelle contre l'emphytéote.

4° Par la renonciation de l'emphytéote.

5° Par le non-paiement de la redevance pendant trois ans, ou seulement pendant deux ans, si l'emphytéose est constituée sur un bien ecclésiastique (L. 2, C., *eod.* ; Nov. VII, c. III, § 2, et CXX, c. VIII).

TITRE XXV

De la société

Définition. — La société est un contrat consensuel, à titre onéreux, par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des biens ou leur industrie, dans le but de partager les bénéfices et les pertes qui en proviendront.

Conditions essentielles au contrat de société.

Trois conditions sont essentielles au contrat de société :

le consentement des parties, un apport réciproque, un intérêt commun.

1° *Le consentement des parties.* — Car pas de contrat sans consentement. Pour être parfait, c'est-à-dire pour produire des actions, le contrat de société n'a besoin ni de tradition, ni d'écrits, ni de paroles solennelles, il suffit que les parties soient tombées d'accord sur les apports à fournir (L. 4, *pr.*, D., *Pro socio*, liv. XVII, tit. II).

2° *Un apport réciproque.* — L'apport peut consister dans la propriété d'une chose à mettre en commun, ou dans la jouissance seulement d'une chose, ou en une industrie (Instit., § 2, liv. III, tit. XXV). Il résulte que si je conviens avec un tiers qui ne fait aucun apport ni en biens, ni en argent, ni en industrie, de l'associer aux bénéfices que je pourrai faire dans telle entreprise, cette convention ne formera pas un contrat de société, mais une pure donation (*donationis causa societas recte non contrahitur*) (L. 5, § 2, D., *eod.*).

3° *Un intérêt commun.* — Il faut d'abord que chaque partie ait la perspective d'un partage des bénéfices au cas où la société en réaliserait. Ainsi, la clause qui accorderait à l'un des associés la totalité des bénéfices serait nulle et annulerait le contrat dans son entier. Il y aurait ce que les jurisconsultes romains nommaient une société léonine (*leonina*). — Il faut en outre que chaque partie s'expose à une perte au cas où la société se ruinerait. Ainsi la clause qui affranchirait la mise d'un associé de toute contribution aux pertes serait nulle, et annulerait le contrat dans son entier (L. 29, § 2, D., *eod.*). Cette disposition a passé dans notre Code civil, art. 1855 (1).

Des diverses espèces de société.

On compte cinq espèces de société :

(1) Cod. civ., art. 1855. La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle. Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés.

1° La société *totorum bonorum* qui comprend tous les biens présents et futurs et tous les bénéfices qui peuvent survenir aux associés, même par succession, donation ou legs. En droit français, la société universelle de tous biens ne comprend pas les biens provenant de successions ou donations (1) (Instit., *pr.*, liv. III, tit. xxv).

2° La société *omnium quæ ex questu veniunt* qui comprend toutes les acquisitions à titre onéreux, tous les bénéfices que chaque associé peut acquérir autrement que par succession, legs ou donation (LL. 7-13, D., *eod.*).

3° La société *alicujus negotiationis* formée pour exercer en commun un commerce déterminé et en partager les bénéfices et les pertes. Exemple : pour l'achat et la vente des esclaves, en général (Instit., *pr.*, *eod.*).

4° La société *unius rei* formée pour l'accomplissement d'une seule opération commerciale. Exemple : pour l'exploitation d'une mine, pour l'achat et la vente de la cargaison d'un vaisseau (L. 5, *pr.*, D., *eod.*).

5° La société *vectigalis* formée entre les publicains pour le recouvrement des impôts. Cette société est régie par des principes particuliers (D., *ibid.*).

Si les parties, en contractant une société, ne se sont pas exprimées sur l'espèce de société qu'elles voulaient adopter, on présumera qu'il existe entre elles une société universelle de gains (*si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quæ ex questu veniunt*) (L. 7, D., *eod.*) (2).

Des parts de chaque associé dans les gains et pertes.

La part de chacun des associés est déterminée ou par

(1) Cod. civ., art. 1837. La société de tous biens présents est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement, et les profits qu'elles pourront en tirer. Elles peuvent aussi y comprendre toute autre espèce de gains, mais les biens qui pourraient leur avenir par succession, donation ou legs, n'entrent dans cette société que pour la jouissance : toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens est prohibée, sauf entre époux et conformément à ce qui est réglé à leur égard.

(2) La présomption romaine n'a point été admise par notre législation qui en consacre une autre toute différente. Voy. Cod. civ., art. 1839.

la convention des parties, ou par un arbitre que les parties ont désigné dans l'acte de société, ou par la loi.

1° *Règlement des parts par la convention des parties.* — Les associés peuvent fixer la proportion suivant laquelle les bénéfices seront répartis et les pertes supportées ; et cette proportionnalité permet ordinairement d'établir une proportionnalité entre les diverses mises des coassociés. Par exemple, il est convenu que *Titius* prendra le tiers des bénéfices et supportera le tiers des dettes, que *Primus* aura les deux tiers des bénéfices et des dettes (Instit., § 1, *eod.*; L. 29, *pr.*, D., *eod.*).

Mais les parties peuvent-elles convenir de parts autres dans le gain que dans la perte? Par exemple, *Titius* et *Séius*, en s'associant, conviennent qu'à *Titius* reviendraient les deux tiers du bénéfice et le tiers de la perte, à *Séius* les deux tiers de la perte et le tiers du bénéfice. Cette convention est-elle valable? Quintus Mutius la considérait comme contraire à l'essence même de la société. Mais Servius Sulpicius, dont l'avis a prévalu, soutenait le contraire parce que l'industrie d'un associé peut être tellement précieuse que l'équité exige qu'il jouisse dans la société d'une condition meilleure que les autres (*quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet*).—On peut même convenir, d'après Servius Sulpicius, que l'un des associés participera au gain sans participer à la perte (Instit., § 2, *eod.*). Sur ce point encore l'opinion de Sulpicius a prévalu. Ici deux observations deviennent nécessaires : — 1° Il ne faut établir les droits de chaque associé que sur le résultat définitif de la société ; de telle sorte que, si le total des pertes excède le total des gains, l'associé, dispensé des pertes, n'aura ni gain ni perte ; que si, au contraire, le total des gains acquis excède le total des pertes éprouvées durant la société, cet associé ne prendra sa part que sur l'excédant ; mais on ne pourrait pas dire que dans chaque opération avantageuse de la société il prendra une certain portion de gain ; que dans chaque opération désavanta-

geuse, il ne supportera aucune partie de la perte (*ut si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum, allatum sit, compensatione facta solum quod superest intelligatur lucri esse*) (Instit., § 2, *in fine*). — 2° Il semble que la convention par laquelle l'un des associés est dispensé de toute contribution aux pertes soit contraire à un principe essentiel du contrat de société, à savoir : la contribution aux pertes de chaque associé, si la société fait de mauvaises affaires. En effet, on ne peut pas exonérer l'associé de la perte de son apport ; mais on peut convenir qu'il ne supportera pas le *damnum* au delà de son apport, et il en est ainsi, quelle que soit la nature de l'apport fait par l'associé, que cet apport consiste en biens corporels ou en industrie. En effet, l'associé qui a fait l'apport de son industrie, alors même qu'il est affranchi des pertes, perdra toujours au moins son apport, c'est-à-dire le fruit de son travail et de ses talents pendant la durée de la société.

Il est hors de doute que, si les associés n'ont fixé de parts que pour le gain, sans qu'ils aient parlé de la perte, ou réciproquement, la fixation établie pour l'un sert de base pour la répartition de l'autre (Instit., § 3, *eod.*).

2° *Règlement des parts laissé à l'arbitrage d'un tiers ou même de l'un des associés.* — Les parties, au lieu de fixer elles-mêmes les parts, pourraient abandonner cette fixation à l'arbitrage d'un tiers ou de l'une d'elles seulement. Dans ce cas, la décision de l'arbitre ne pourrait être critiquée qu'autant qu'elle serait évidemment contraire à l'équité (L. 6, D., *eod.*) (1).

3° *Règlement des parts par la loi.* — A défaut de règlement par les parties ou par un arbitre, les bénéfices et les pertes se répartissent, d'après les Institutes, par portions égales (*æquales scilicet partes et in lucro et in damno spec-*

(1) Cod. civ., art. 1854. Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité.

tantur). Mais faut-il interpréter le texte des Institutes (§1, *eod.*) dans le sens d'une égalité mathématique absolue, ou d'une égalité proportionnelle? Celui qui a fait un apport de quatre sur cinq aura-t-il quatre cinquièmes dans les bénéfices et les pertes, le cinquième restant appartenant à l'autre associé : ou bien chacun des deux associés aura-t-il la moitié dans les bénéfices et les pertes sans tenir compte de la quotité des apports? L'opinion qui doit prévaloir est celle d'une égalité mathématique absolue, c'est-à-dire d'une part virile. Par conséquent chacun des associés aura moitié dans les bénéfices et les pertes. En effet, l'industrie de celui qui a le moins apporté peut, avec cet apport moindre, égaler ou même surpasser l'apport effectif de l'autre associé : d'ailleurs le droit romain n'a pas donné à l'apport en industrie une valeur légale; il n'y aurait donc aucune base pour la déterminer à défaut de convention : d'où l'impossibité absolue d'appliquer la règle de l'égalité proportionnelle (1). Le législateur français a suivi un autre système (2).

Des actions relatives à la société.

La société est un contrat synallagmatique parfait qui engendre autant d'actions et d'obligations qu'il y a de parties contractantes. Mais, comme chacune des parties joue le même rôle toutes les actions du contrat de société sont identiques et ne forment qu'une seule action, qui, sous le nom d'action *socii* ou *pro socio*, appartient à chacun des membres de la société pour faire exécuter les engagements

(1) Voy., en ce sens, sur cette question controversée, MM. Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 655; Keller, *Pand.*, § 346, p. 656; Ortolan, t. III, p. 304, n° 1530; de Fresquet, t. II, p. 186; Demangeat, t. II, p. 326; Thézard, p. 255; Mayna, t. II, § 314, p. 253, texte et note 23; Namur, 2e édit., t. II, § 284, p. 36; Van Wetter, t. II, § 234, p. 24, note 21; Labbé et Machelard, *à leurs cours*.

(2) Cod. civ., art. 1853. Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société. A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté.

résultant du contrat. Dans la vente et le louage nous avons vu des actions différentes : cela vient de ce que dans ces contrats les obligations des parties ne sont pas semblables. De cette différence des obligations résulte la différence des actions. — L'action *pro socio* présente les deux particularités suivantes : savoir, d'abord que les associés ne peuvent être condamnés les uns envers les autres que chacun jusqu'à concurrence de ses moyens, *in quantum facere potest* : c'est ce qu'on nomme vulgairement le bénéfice de compétence (L. 63, *pr.*, et §§ 1 à 3, D., *eod.*) ; ensuite, que la condamnation résultant de l'action *pro socio* entraîne l'infamie (L. 1, D., *Qui not. inf.*, liv. III, tit. II).

L'action *socii* ou *pro socio*, action de bonne foi (*bonæ fidei*), a pour but : — 1° de contraindre chacun des associés à faire l'apport qu'il a promis et à indemniser tous les associés, en capital et intérêts, de son défaut d'apport, ainsi que des choses communes qu'il aurait appliquées à son usage personnel, ou qu'il serait en demeure de restituer (L. 21, L. 67, *pr.* et § 1, D., *eod.*) ; — 2° de lui faire rendre compte ; — 3° d'obtenir une indemnité pour les pertes causées à la société par le dol ou la faute d'un associé. Chaque associé, quoique responsable de ses fautes dans la gestion sociale, n'est tenu néanmoins d'y apporter que le soin qu'il met à ses propres affaires, et non celui du père de famille le plus diligent. On ne peut en effet rien exiger de plus. Celui qui s'est associé un homme peu actif et négligent doit s'imputer à lui-même d'avoir fait un mauvais choix (Instit., § 9, *eod.*)— ; 4° de faire obtenir à l'associé qui a subi des pertes, fait des dépenses, contracté des obligations dans l'intérêt de la société, une indemnité de chacun de ses coassociés (L. 38, § 1, L. 52, §§ 4, 10, 12, 15, D., *eod.*).

Mais l'action *pro socio* n'est pas donnée pour faire cesser, après la dissolution de la société, la communauté, l'indivision qui survit à la société. Ce sera l'action *communi dividundo* qui sera donnée aux associés pour se partager la chose commune (L. 1, D., *Comm. divid.*, liv. X, tit. III).

Causes de dissolution de la société.

La société se dissout de quatre manières d'après Ulpien: *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione* (L. 63, § 10, D., *Pro socio*, liv. XVII, tit. II). A ces quatre modes de dissolution il faut en ajouter un cinquième: *ex tempore* (L. 1, *pr.*, D., *eod.*).

I. Ex personis.

1° Par la mort de l'un des associés. La société ne continue pas avec les héritiers de l'associé décédé, parce que la société est toujours formée en considération des personnes avec lesquelles on s'associe (*quia qui societatem contrahit certam personam sibi elegit*). Elle ne continue même pas entre les associés survivants. La loi a considéré que les qualités personnelles de l'associé décédé ont peut-être été, pour les associés survivants, la cause qui les a déterminés à faire partie de la société. Toutefois on peut convenir qu'au cas de mort de l'un des associés, la société continuera avec les associés survivants (*nisi in coeunda societate aliter convenerit*) (Instit., § 5, *eod.*). — Mais il n'est pas permis de convenir par avance que la société continuera avec les héritiers de l'associé décédé (*nec ab initio pacisci possumus, ut heres succedat societati*. L. 35, L. 59, *pr.*, D., *eod.*). Une pareille clause est au contraire valable en droit français (1). — Observons que, si la société est dissoute pour l'avenir, l'héritier succède néanmoins aux bénéfices et aux pertes résultant des opérations antérieures à la dissolution.

Dans la société formée pour la ferme des impôts (*societas vectigalis*), il pouvait être valablement convenu d'avance que, si l'un des associés venait à mourir, la société

(1) Cod. civ., art. 1868. S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait *avec son héritier*, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies : au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède.

continuerait avec les héritiers de l'associé décédé. — Même en l'absence de toute convention particulière, les héritiers de l'associé participaient, en profit ou en perte, au résultat des opérations postérieures au décès de leur auteur, bien qu'ils ne fussent pas eux-mêmes associés (L. 59, L. 63, § 8, D., *eod.*).

2° Par la *maxima* et la *media capitis deminutione* dans le droit de Justinien (L. 63, § 10, D. *eod.*) ; et même par la *minima capitis deminutione* dans le droit de Gaïus (C. III, § 153).

3° Par la confiscation (*publicatio*) de tous les biens d'un associé ou par la cession des biens (*si bonis suis cesserit*) (Instit., §§ 7, 8, *eod.*).

II. Ex rebus.

1° Par la fin de l'opération pour laquelle la société a été contractée (Instit., § 6, *eod.*).

2° Par la perte de la chose qui constituait le fonds commun, ou par sa mise hors du commerce (L. 63, § 10, D., *eod.*).

III. Ex voluntate.

Par la volonté des parties ou de l'une d'elles de ne plus rester en société (*cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas*). Cependant cette renonciation ne doit être ni inopportune ni frauduleuse. *Inopportune* (*intempestive*), c'est-à-dire, faite à un moment où elle est préjudiciable à la société (*eo tempore quo interfuit sociis non dirimi societatem*). Lorsque les associés sont convenus de rester en société pendant un temps limité, la renonciation de l'un des associés avant le terme fixé est considérée comme inopportune, sauf le cas où de graves motifs engageraient l'associé à sortir de la société. — *Frauduleuse* (*si callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat*), lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun : par exemple, si, dans la société *totorum bonorum*, l'un des associés, auquel est échue une

succession, se retire de la société pour l'accepter et en profiter seul. La renonciation ne sera pas valable, et le renonçant, qui n'est pas libéré envers ses associés, sera tenu de mettre en commun ce profit (*cogitur hoc lucrum communicare*) (L. 65, §§ 3-7, D., *eod.*). Quant aux associés envers qui a été faite la renonciation frauduleuse, les bénéfices qu'ils ont pu acquérir depuis la renonciation leur restent entièrement à l'exclusion du renonçant (Instit., § 4, liv. III, tit. xxv) (1).

IV. Ex actione.

Par une novation soit conventionnelle (par une stipulation), soit judiciaire (par la *litis contestatio*), dont l'effet est de transformer les rapports juridiques créés par le contrat de société (L. 65, *pr.*, D., *eod.*).

V. Ex tempore.

Par l'expiration du terme convenu, en ce sens qu'alors chaque associé devient libre de se retirer, sans encourir aucune responsabilité; car l'arrivée du terme ne dissout pas nécessairement la société (L. 65, § 6, D., *eod.*).

TITRE XXVI

Du mandat

Définition. — Le mandat est un contrat consensuel par lequel une personne charge gratuitement d'une affaire honnête une autre personne qui accepte. Le mandant s'appelle *mandans, mandator* ou *dominus*, et le mandataire *procurator*.

Caractère essentiel du mandat. — Le mandat est essentiellement gratuit : c'est par cette gratuité que le

(1) Cette solution n'a pas paru équitable au législateur français. Comp., art. 1870, C. civ.

mandat se distingue du louage de services (*nam, mercede constituta, incipit locatio et conductio esse.* Instit., § 13, liv. III, tit. XXVI).—Cependant si le mandat répugne à un prix de services rendus, il ne répugne pas à toute espèce de rémunération : une rémunération *honoris gratia* pourrait s'ajouter au mandat sans le dénaturer. De là est venue l'expression d'*honoraire*. Comment distinguer les honoraires du loyer? Les services dans lesquels l'intelligence et le dévouement ont une certaine part, ne se louent pas, à proprement parler, car ils ne sont pas appréciables en argent. Par exemple, un avocat, un médecin, peuvent recevoir une récompense rémunératoire de celui à qui ils ont prêté leur ministère et le secours de leur science, sans que leur action perde le caractère d'un bon office (L. 1, § 10, D., *De extraord. cognit.*, liv. L, tit. XIII). Toutefois celui qui réclame des honoraires n'obtient ni l'action contraire de mandat, ni aucune autre action : dans cette hypothèse, le préteur statuera *extra ordinem*, c'est-à-dire sans renvoyer devant un juge, sans donner d'action (L. 1, L. 10, § 1, et *pr.*, D., *De extraord. cognit.*, liv. L, tit. XIII).

Différences entre le mandat et le dépôt. — 1° Le dépôt se forme *re*, le mandat *solo consensu*. — 2° Le dépositaire s'oblige à garder purement et simplement la chose du déposant; il la surveille, il en empêche le détournement. Le mandataire s'oblige à exécuter un acte dans l'intérêt du mandant, à créer une situation nouvelle au profit de ce dernier.

Quand le mandat est il parfait? — Le mandat est parfait dès que le mandataire a accepté la mission qui lui était offerte. Dès ce moment, en effet, le mandant a contre lui une action pour le contraindre à exécuter le mandat (Instit., § 11, *eod.*).

Des actions qui naissent du mandat. — Le mandat est un contrat synallagmatique imparfait. Il produit *toujours* et *immédiatement* une obligation essentielle, qui est pour

le mandataire de rendre exactement compte de la manière dont il a usé des pouvoirs qui lui avaient été donnés. Il peut y être contraint par l'action *mandati directa* accordée au mandant. — Accidentellement, *ex post facto*, le mandat peut produire une action *mandati contraria* donnée au mandataire contre le mandant. Il est possible, en effet, que le mandataire soit devenu créancier du mandant à raison des déboursés qu'il a faits, ou des pertes qu'il a essuyées pour remplir la mission qui lui avait été confiée. Dans ce cas, il aura, pour se faire rembourser, l'action *mandati contraria*.

Des effets du mandat. — Il faut se placer à deux points de vue, relativement aux rapports du mandant et du mandataire, et des tiers qui ont contracté avec le mandataire.

Relativement au mandant et au mandataire. — Le mandataire doit se renfermer dans les limites du mandat (Gaïus, C. III, § 161; Instit., § 8, *eod.*). S'il en excède les bornes, il fait autre chose que ce qui lui a été ordonné. Par conséquent, il n'aura pas contre le mandant l'action *mandati contraria* pour se faire indemniser. Bien plus il pourra, pour n'avoir pas rempli le vœu du mandant, être poursuivi par l'action *mandati directa* (*quatenus mea interest, implesse eum mandatum, si modo implere potuerit*). Par exemple, ayant reçu mandat d'acheter un bœuf, le mandataire achète un cheval. — Mais que décider, si, ayant reçu mandat d'acheter une chose pour un certain prix, le mandataire y met un prix supérieur? Exemple, je donne mandat à *Titius* de m'acheter le fonds Cornélien pour 100 écus d'or; il l'achète 120. Il est de toute évidence que *Titius* ne pourra pas agir contre moi pour 120. On a même douté qu'il pût agir pour 100 écus d'or. Les Sabiniens lui refusaient toute action d'après ce principe : « *Qui excessit, aliud quid facere videtur.* » Mais les Proculiens, dont l'opinion a prévalu, lui accordaient l'action *mandati contraria* jusqu'à concurrence des 100 écus d'or,

déterminés dans le mandat (1). — En sens inverse, que faut-il décider pour le cas où le mandataire aurait acheté moins cher que ne le portait le mandat? Exemple : je donne mandat à *Titius* de m'acheter le fonds Cornélien 100 écus d'or; il l'achète 50. Même dans l'opinion des Sabiniens, ce point ne faisait l'objet d'aucune difficulté. *Titius* avait l'action *mandati contraria* pour se faire rembourser les 50 écus d'or. En effet, dans le mandat d'acheter un fonds pour 100 écus d'or se trouve évidemment compris celui de l'acheter pour un prix inférieur, si cela est possible (*quoniam qui mandat ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur ut minoris, si possit, emeretur*) (Gaïus, C. III, § 161; Inst., § 8, liv. III, tit. XXVI).

Relativement aux tiers, qui ont contracté avec le mandataire. — En droit civil, le mandataire, qui contractait pour le compte du mandant, agissait toujours en son propre nom; il ne représentait pas son mandant. C'était donc lui qui était obligé envers les tiers, et c'était envers lui que les tiers étaient obligés (2). — Toutefois il y avait un cas où, d'après le droit civil, le mandataire représentait son mandant; c'était celui du *mandat judiciaire* dans lequel le mandataire s'appelait *cognitor*. — Mais le droit prétorien et la jurisprudence ont apporté de graves modifications aux principes du droit civil en cette matière (3).

De combien de manières peut se contracter le mandat?

Le mandat se contracte de cinq manières : — dans l'intérêt du mandant seul, — dans l'intérêt réciproque du mandant et du mandataire, — dans l'intérêt d'un tiers,

(1) Cette disposition du § 8, liv. III, tit. XXVI, Instit., a été critiquée par M. Domangeat, dans son *Cours élémentaire de dr. rom.*, t. II, p. 343 — Comp., M. Ortolan, t. III, p. 323, n° 1570.

(2) Voy. *supra*, liv. II, tit. IX, p. 184 et 185. Voy. encore, liv. III, tit. XIX, p. 408.

(3) Voy. *infra*, liv. IV, tit. X.

— dans l'intérêt du mandant et d'un tiers, — dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers (Instit., *pr.*, *eod.*).

1° *Dans l'intérêt du mandant seul;* par exemple, lorsqu'il charge le mandataire de gérer ses affaires, d'acheter un fonds, de répondre pour lui (*veluti si quis tibi mandet ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes*) (Instit., § 1, *eod.*).

2° *Dans l'intérêt réciproque du mandant et du mandataire;* par exemple, quand le mandant charge le mandataire de prêter à intérêt de l'argent à un tiers qui doit l'employer aux affaires de ce même mandant. L'intérêt du mandant est que son procureur ait de l'argent. L'intérêt du mandataire est que ses fonds ne restent pas improductifs et lui rapportent un revenu. — Le mandat est également contracté dans un intérêt mutuel lorsqu'un débiteur charge son créancier de stipuler *ipsius periculo* de son propre débiteur qu'il lui délègue. En effet, le mandant est libéré de sa première obligation, et s'il peut être poursuivi plus tard, ce ne peut être qu'en vertu du mandat, et dans le cas où le délégué n'acquitterait pas son obligation. De son côté, le mandataire retire du contrat cet avantage qu'il aura deux débiteurs au lieu d'un (Instit., § 2, *eod.*) (1). — Le mandat est également contracté dans un intérêt mutuel lorsqu'un fidéjusseur, que son créancier était sur le point d'actionner, charge ce créancier de poursuivre le débiteur principal aux risques et périls de lui mandant (Instit., § 2, *eod.*). Pour comprendre l'utilité d'un pareil mandat, il faut se placer dans le droit antérieur à Justinien. Ce mandat était dans l'intérêt du créancier qui le recevait. En effet, ce créancier n'avait pas le droit de poursuivre successivement le débiteur principal et le fidéjusseur; il n'avait réellement que le choix entre eux; en attaquant l'un, il libérait l'autre. C'était-là un effet de la *litis contestatio*, qui opérait une

(1) Voy. *supra*, liv. III, tit. XVI, p. 394 et 392.

sorte de novation dans la créance. Si donc la partie poursuivie par le créancier se trouvait hors d'état de payer l'intégralité de la dette, le créancier se trouvait en perte, car il avait épuisé tout son droit. Au contraire, quand le créancier poursuivait le débiteur principal, en vertu d'un mandat du fidéjusseur, il absorbait bien à l'égard du fidéjusseur son ancien droit résultant de la fidéjussion; mais il acquérait contre lui une action *mandati contraria* pour le cas où il ne parvenait pas à obtenir du débiteur principal un paiement intégral. Le créancier avait donc deux débiteurs au lieu d'un. Ce mandat était aussi dans l'intérêt du fidéjusseur qui échappait au moins pour un temps à la poursuite du créancier et à la nécessité de payer le montant de la dette. — *Sous Justinien*, l'utilité d'un pareil mandat a disparu. Cet empereur, par une constitution de l'an 531 (L. 28, C., *De fidejuss.*, liv. VIII, tit. XLI), avait décidé que le créancier qui avait un débiteur principal et des débiteurs accessoires pouvait exercer son action *successivement* contre chacun de ses débiteurs jusqu'au paiement intégral de la dette. Plus tard, Justinien a complété la législation sur ce point en accordant par la novelle IV au débiteur accessoire poursuivi le droit de renvoyer le créancier à la discussion préalable du débiteur principal. C'est ce que l'on a appelé le bénéfice d'*ordre* ou de *discussion* (1).

3° *Dans l'intérêt d'un tiers;* par exemple, quand le mandant charge le mandataire de gérer les affaires de *Titius*, de lui acheter un fonds, ou de répondre pour lui (Instit., § 3, *eod.*). Un pareil mandat ne peut, avant son exécution, donner lieu à aucune action. Car l'intérêt est la mesure des actions; et le mandant n'a pas intérêt à ce que le mandataire fasse les affaires d'autrui. Cet intérêt naît seulement lorsque le mandat est exécuté. En effet, le man-

(1) Voy., pour plus de détails sur ce bénéfice, *supra*, liv. III, tit. XX, p. 422.

dant devient responsable envers le tiers dans les affaires duquel il s'est immiscé, de la gestion entreprise par ses ordres. Cet intérêt est suffisant pour que le mandant puisse agir contre le mandataire par l'action *mandati directa* à l'effet de le contraindre à l'exécution du mandat. D'un autre côté, le mandataire qui a exécuté le mandat a l'action *mandati contraria* contre le mandant pour se faire indemniser des suites de l'affaire dont celui-ci l'a chargé (L. 8, §§ 3, 6, D., *Mandat.*, liv. XVII, tit. I).

4° *Dans l'intérêt du mandant et d'un tiers;* par exemple, quand le mandant charge le mandataire de gérer des affaires communes à *Titius* et à lui, d'acheter un fonds ou de répondre pour *Titius* et pour lui (Instit., § 4, *eod.*).

5° *Dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers;* par exemple, quand le mandant charge le mandataire de prêter de l'argent à intérêt à *Titius* (*si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes*) (Instit., § 5, *eod.*).

Quid du mandat donné seulement dans l'intérêt du mandataire? Par exemple, le mandant engage le mandataire à placer son argent en achats de biens-fonds, plutôt que de le prêter à intérêt, ou réciproquement. Il n'y a là qu'un simple conseil qui ne produit aucune obligation (*magis consilium quam mandatum est, et ob id non est obligatorium*). Car nul ne s'oblige par un conseil, quand même il serait préjudiciable, puisque celui à qui il est donné est libre de le suivre ou de le négliger (*quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare an expediat consilium.* Instit., § 6, *eod.*). — On a même élevé la question de savoir si la personne qui a mandé à *Sempronius* de prêter son argent à intérêt à *Titius* est tenue de l'action de mandat (*an mandati teneatur, qui mandavit tibi ut Titio fœnares*). Mais l'opinion de Sabinus, qui considérait ce mandat comme obligatoire, a prévalu. Il est probable en effet que *Sempronius* n'aurait pas prêté son argent à *Titius*, si l'ordre ne lui en avait pas été donné (*quia non aliter Titio cre-*

didisses, quam si tibi mandatum esset) (Instit., § 6 *in fine*).

Quid d'un mandat qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs? Le mandat n'est pas obligatoire lorsqu'il est contraire aux lois ou aux bonnes mœurs; par exemple, si *Titius* te charge de commettre un vol, un dommage, ou une injure. Il est évident que *Titius* n'aurait pas d'action contre toi pour te contraindre à exécuter le mandat. Réciproquement, si tu as exécuté ce mandat et que tu aies subi à cet effet une peine, tu n'aurais pas contre *Titius* l'action *mandati contraria* pour te faire indemniser des conséquences désastreuses du mandat (Instit., § 7, *eod.*).

Des différentes modalités qui peuvent être apposées au contrat de mandat. — Le mandat peut être pur et simple, à terme, ou sous condition (*et in diem differri et sub conditione fieri potest*) (Instit., § 12, liv. III, tit. XXVI). — *A terme*, par exemple, je vous donne actuellement mandat de gérer mes affaires à partir de l'année 1878. — *Sous condition*, par exemple, le pouvoir donné au créancier gagiste d'aliéner la chose remise en gage à défaut de paiement à l'échéance de sa créance constitue un mandat conditionnel.

Causes de dissolution du mandat.

Le mandat prend fin :

1° *Par la révocation* que fait le mandant. — Lorsque la révocation intervient pendant que les choses sont encore entières (*dum adhuc integra res sit*), c'est-à-dire avant toute exécution, le mandat est censé n'avoir jamais existé (Instit., § 9, *eod.*).—Si la révocation a lieu après l'exécution commencée, les actes accomplis produisent leur effet. Au reste, tant que la révocation n'est pas notifiée au mandataire et connue de lui, il exécute valablement le mandat, et doit avoir pour cette exécution l'action *contraria mandati* contre le mandant (L. 15, D., *Mandati*, liv. XVII, tit. I).

2° *Par la mort du mandant.* — En effet, le mandataire

n'avait accepté le mandat qu'en considération de la personne du mandant. Si cette personne disparaît, le mandat doit donc prendre fin. Mais il ne cesse que pour l'avenir; et par conséquent l'action *mandati* subsistera pour tout ce qui aura été fait avant la mort du mandant.—*Observation :* Le mandataire qui accomplit le mandat après la mort du mandant, mais *dans l'ignorance de cette mort* (*ignorans eum decessisse*), pourra exercer l'action *mandati contraria*, comme si le mandant vivait encore. Le mandataire en effet ne doit pas souffrir d'une ignorance légitime et plausible (*alioquin justa et probabilis ignorantia tibi damnum adferret*). (Gaïus, C. III, § 160; Instit., § 10, *eod.*).

3° *Par la mort du mandataire.* — Les qualités personnelles du mandataire qui avaient déterminé le mandant à lui confier le soin de ses affaires périssent avec la personne du mandataire; aussi le mandat doit-il cesser par la mort de ce dernier (Instit., *ibid.*). — Toutefois les héritiers du mandataire peuvent et doivent continuer une affaire commencée par leur auteur, lorsque les choses sont dans un tel état que les intérêts du mandant se trouveraient gravement compromis s'ils les abandonnaient; mais pour cette continuation de gestion, ils n'ont que l'action *negotiorum gestorum*, et non pas l'action *mandati contraria* (L. 27, § 3, D., *eod.*).

4° *Par la renonciation du mandataire.* — Le mandataire, après avoir accepté le mandat, peut y renoncer : mais il ne faut pas que cette renonciation cause un dommage au mandant. Le mandataire qui renonce doit donc s'arranger de manière que le mandant puisse, sans préjudice, suivre, soit par lui-même, soit par un autre mandataire, l'opération abandonnée (*aut quam primum renuntiandum, ut per semetipsum aut per alium eamdem rem mandator exequatur*). Car, si la renonciation n'est pas faite de manière à laisser au mandant entière facilité pour cet accomplissement, l'action de mandat aura toujours lieu contre le mandataire (*actio mandati locum habet*). — Il existe cepen-

dant un cas où le mandataire n'est pas obligé d'indemniser le mandant du dommage qu'il lui a causé par sa renonciation ; c'est celui où il a de justes excuses à faire valoir (*nisi justa causa intercessit*) ; par exemple, une maladie, une inimitié capitale survenue entre le mandant et lui, l'insolvabilité du mandant (Instit., § 11, *eod.*; LL. 23, 25, D., *eod.*).

5° *Par la conclusion de l'affaire*, pour laquelle il a été donné.

6° Par l'arrivée du terme ou l'avénement d'une condition résolutoire.

APPENDICE I

DES PACTES

Définition. — Par opposition aux contrats, les pactes sont des conventions qui n'ont pas été reconnues comme obligatoires et n'ont pas été munies d'une action propre par l'ancien droit civil des Romains. Aussi, en dehors des contrats dont nous avons parcouru la liste, l'accord des volontés de deux individus sur un même objet ne devait produire rigoureusement aucun lien de droit.

Des atténuations ont été bientôt apportées à ce principe. Certains pactes sont devenus obligatoires au moyen d'actions. Cependant, malgré cette transformation, l'ancienne dénomination consacrée par l'usage a continué de s'appliquer, dans sa généralité, même à ces conventions nouvellement pourvues d'effets juridiques.

Division des pactes. — Les pactes se divisent : — soit relativement à leur origine, — soit relativement à leur manière d'être, — soit relativement à leurs effets.

I. *Relativement à leur origine*, les pactes viennent ou du droit civil, ou du droit prétorien, ou du droit impérial.— Les pactes de droit civil sont ceux qui ont été rendus obligatoires par la jurisprudence. Leur nombre est indé-

fini; l'exécution s'en poursuit, comme nous le verrons plus loin, soit par l'action d'un contrat du droit civil, soit par une action qualifiée d'*actio in factum* ou *præscriptis verbis*. — Les pactes de droit prétorien (*pacta prætoria*) sont ceux que le préteur a munis d'une action. Tels sont, notamment, les pactes de constitut (1) et de serment extra-judiciaire (2). — Les pactes de droit impérial, ou pactes dits pactes *légitimes* (*pacta legitima*) sont ceux qui ont été rendus obligatoires et munis d'action par des constitutions impériales. Telle est, notamment, la convention de fournir une dot depuis Théodose II et Valentinien III (3). Telle est encore celle de donner entre ascendants et descendants, depuis Antonin le Pieux, et entre toutes personnes, depuis Justinien (4). L'exécution des pactes légitimes se poursuit par la *condictio ex lege* à défaut d'une action spéciale.

II. *Relativement à leur manière d'être*, les pactes existent accessoirement à un contrat, ou par eux-mêmes indépendamment de tout contrat. Dans le premier cas, ils sont qualifiés par la doctrine de pactes adjoints (*pacta adjecta*); dans le second, de pactes isolés.

a. Les effets des *pacta adjecta* varient suivant que le pacte a été ajouté au moment même du contrat (*in continenti*) ou après coup (*ex intervallo*).

Supposons un pacte ajouté à un contrat *in continenti*, au moment même où le contrat se forme. Les effets du pacte sont différents suivant qu'il s'agit d'un contrat *de bonne foi* ou d'un contrat de *droit strict*.

Dans les contrats de bonne foi (le commodat, le dépôt, le gage, la vente, le louage), le pacte ajouté *in continenti* à un contrat fait, pour ainsi dire, corps avec le con-

(1) Voy. *infra*, liv. IV, tit. VI.
(2) *Sic*, MM. Ortolan, t. III, n° 1647; Labbé, *à son cours*. — *Contra*, M. Maynz, t. II, § 335, p. 361, texte et note 4.
(3) Voy. *supra*, liv. II, tit. VII, p. 172.
(4) Voy. *supra*, liv. II, tit. VII, p. 164.

trat lui-même. Aussi l'exécution s'en poursuit par l'action même du contrat (L. 7, § 5, D., *De pact.*, liv. II, tit. XIV).

Dans les contrats de droit strict, il faut distinguer: — S'agit-il d'une stipulation, le pacte ajouté *in continenti* a fini par être considéré comme faisant partie intégrante de l'obligation principale (*stipulationi inesse creditur*). Et soit qu'il retranche, soit qu'il ajoute à l'obligation, le pacte a la même force que le contrat dont il forme une des clauses, et doit être exécuté par l'action résultant de la stipulation. C'est donc l'application des mêmes principes que dans les contrats de bonne-foi (L. 4, § 3, D., *eod.*; L. 40, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. I) (1). — S'agit-il d'un *mutuum*, le pacte ajouté *in continenti* ne produit d'effet que lorsqu'il a pour but de diminuer l'obligation du débiteur. Mais s'il est intervenu en faveur du créancier et dans le but d'aggraver la situation du débiteur, il n'y aura pas lieu pour le surplus à la *condictio* résultant du *mutuum* (*amplius condici non potest*). Il en est ainsi, du moins, en matière de prêt d'argent (L. 11, § 1, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. I) (2).

Supposons un pacte ajouté à un contrat *ex intervallo*, après coup. L'effet d'un tel pacte varie suivant qu'il a pour but de diminuer l'obligation du débiteur ou de l'aggraver. — S'il diminue l'obligation du débiteur, il est efficace et le débiteur peut s'en prévaloir au moyen d'une exception (L. 7, § 5, D., *De pact.*, liv. II, tit. XIV). — S'il aggrave la situation du débiteur, il ne produit pas d'effet (*nec valebit*) (L. 7, § 5, D., *eod.*). Il n'y a pas lieu

(1) *Sic*, sur cette question controversée, MM. Demangeat, t. II, p. 349 et suiv.; Thézard, p. 264. — *Contra*, MM. Vernet, *Text. chois. sur les oblig.*, p. 44 et suiv.; Maynz, t. II, § 334, p. 346, note 2; Ortolan, t. III nos 1584 et suiv.

(2) C'est une question controversée que de savoir si les prêts de denrées ou autres marchandises doivent être assimilés ou non au prêt d'argent. — Voy., pour l'affirmative, MM. Demangeat, t. II, p. 352; Ortolan, t. III, no 1585. — Et pour la négative MM. de Savigny, *System*, t. VI, § 268, Thézard, p. 265.

ici de distinguer entre les contrats de bonne foi et ceux de droit strict. — Cependant une observation doit être faite relativement aux contrats consensuels (vente, louage, société, mandat). Le pacte qui est intervenu *ex intervallo*, toutes choses étant encore entières, et qui porte sur des points substantiels au contrat, peut être considéré comme destiné, dans l'intention des parties, à remplacer l'ancien contrat. Il y a une nouvelle vente, un louage nouveau, etc., dont l'exécution peut être poursuivie par les actions *empti*, *venditi*, *locati*, etc. (L. 72, D., *De contrah. empt.*, liv. XVIII, tit. I).

b. Les pactes isolés les plus importants sont ceux qui sont connus dans la doctrine sous la dénomination de *contrats innomés*. La théorie des contrats innomés offre une importance capitale, et demande par cela même des développements particuliers.

III. *Relativement à leurs effets*, car en dehors des pactes munis d'actions, d'autres ont continué de subsister sans produire de lien juridique. Ce sont les pactes *nus* (*nuda pactio, pactum nudum*). Ils ne sont point cependant dépourvus de tout effet, car ils peuvent servir de base à une exception (L. 7, *pr.* et § 4, D., *De pact.*, liv. II; tit. XIV), et engendrent, selon l'opinion générale, une obligation naturelle (1).

(1) *Sic*, sur cette question controversée, MM. Ortolan, t. III, n° 1619; de Fresquet, t. II, p. 259; Thézard, p. 265; Maynz, t. II, § 278, texte et note 17; Machelard, *Oblig. natur.*, p. 29; Demangeat, t. II, p. 459 et suiv.; Accarias, *Cours des Pandect.*, année 1873, Leçon du mois de janv. — Voy. aussi M. de Savigny, *Le dr. des obligat.*, 2e édit., t. I, § 9, p. 60 et suiv. (traduct. de MM. Gérardin et Jozon).

APPENDICE II

DES CONTRATS INNOMÉS (1).

Cette expression sert, dans la doctrine, à désigner ces conventions avec engagements réciproques qui n'ont été ni classées, ni mêmes reconnues par l'ancien droit, par opposition à la dénomination de *contrats nommés* appliqués à ces dernières.

Le nombre des contrats innomés est indéfini : il ne se limite que par les limites mêmes de l'imagination humaine (2). Cependant, malgré cette multiplicité, ils peuvent se résumer dans l'une de ces quatre opérations : — *do ut des*, — *do ut facias*, — *facio ut des*, — *facio ut facias*, — selon que l'obligation de chacun consiste, soit dans une dation, soit dans l'accomplissement d'un fait (L. 5, *pr.*, D., *De præscript. verb.*, liv. XIX, tit. v). Ainsi, par exemple, je m'engage à vous donner un cheval pour que vous me donniez votre bœuf, ou pour que vous répariez ma maison, etc. Quelle est la valeur de pareilles conventions ?

Tant que les choses restent entières, une convention de cette nature n'engendre aucune action ; elle n'est qu'un pacte *nu*, dépourvu d'effet juridique. Mais si l'une des parties exécute son engagement, il en résulte une situation plus délicate. Refuser toute force obligatoire à la convention serait manquer à ces deux principes formellement reconnus par la jurisprudence civile : que nul ne doit s'enrichir injustement du bien d'autrui, ni occasionner à autrui un préjudice par son manque de foi. Aussi la jurisprudence est-elle intervenue et a-t-elle accordé à la

(1) Voy., sur cette importante matière, MM. Accarias, *Théor. des contrats innomés*, etc. ; Albert Desjardins, *De l'action præscript. verb.*

(2) Les principaux contrats innomés sont l'échange, le contrat estimatoire, le précaire, la transaction et la dation d'arrhes.

partie qui avait rempli son engagement une action en répétition qui la rétablissait dans la propriété aliénée ou dans le droit éteint dont elle se trouvait privée sans cause. C'est la *condictio causa data, causa non secuta*, ou *condictio ob causam datorum*. Cette action n'avait donc pas pour effet de procurer l'exécution de la convention, mais simplement de replacer les choses dans l'état où elles se trouvaient avant la convention (D., *De condict. caus. dat...*, liv. XII, tit. IV; C., *Ob caus. dator.*, liv. IV, tit. VI).

Suffisante toutes les fois qu'il s'agissait de la dation d'une chose ou de l'extinction de quelque droit susceptible de rétablissement, cette action ne pouvait s'appliquer lorsqu'il s'agissait de faits accomplis, de services rendus, de pertes essuyées par l'une des parties en exécution de la convention. Dans tous ces cas, en effet, l'exécution du pacte ne saurait procurer un avantage qui pût être répété. Il fallait aller plus loin, et sauvegarder par une sanction plus efficace le respect des conventions. Or, par quels moyens y parvenir? C'est ici qu'apparaissent chez les jurisconsultes romains des hésitations, et dans les textes des contradictions sans nombre. Les uns veulent procéder par voie d'innovation, les autres par voie d'interprétation; tantôt le même jurisconsulte se sert indifféremment de l'un et de l'autre de ces moyens. Deux grandes théories sont en présence, la théorie des Proculiens et celle des Sabiniens.

Les Proculiens, et notamment Labéon, proposaient d'introduire une action qui serait donnée non plus pour la restitution de l'avantage procuré, mais pour une exécution complète de la convention. Ils la désignaient sous les dénominations, tantôt seules, tantôt réunies, d'*actio in factum*, ou *præscriptis verbis* (1) (L. 1, § 1, L. 22, D.,

(1) Ces dénominations tiennent à l'impossibilité de qualifier laconiquement, d'un mot, qui serait le nom propre du contrat, la nature du fait générateur de l'obligation, et à la nécessité où se trouve le préteur d'expliquer en détail, dans la première partie de la formule (la *demonstratio*),

De præscr. verb., liv. XIX, tit. v). Mais il fallait, à l'imitation des contrats du droit civil, trouver une cause d'obligation (*causa civilis*). C'est au jurisconsulte Ariston qu'appartient l'honneur d'avoir fixé la théorie de cette *causa civilis obligationis*. Il a assimilé ces conventions ainsi exécutées par l'une des parties aux contrats réels. Dans les quatre contrats formés *re*, la *causa civilis* consiste dans la dation ou la livraison de la chose. Ici, elle consistera dans l'exécution par l'une des parties de ce qu'elle avait promis. Le pacte se trouvera, dès ce moment, pourvu d'une cause suffisante d'obligation réelle et munie d'une action (L. 7, §§ 1, 4, D., *De pact.*, liv. II, tit. xiv).

L'action *præscriptis verbis* était de bonne foi. Justinien le dit expressément dans les deux cas d'application les plus fréquents, en matière d'échange et de contrat estimatoire (Instit., § 28, liv. IV, tit. vi). Il ne faut donc rien voir dans ce texte de limitatif (1).

Les Sabiniens résistaient à l'introduction de la nouvelle action *præscriptis verbis* et s'en tenaient à l'action *causa data, causa non secuta*. C'est ce qui explique le silence que Gaïus garde dans ses commentaires sur cette action : il n'en fait même aucune mention. Mais comment suppléer à l'insuffisance de la *condictio causa data, causa non secuta* ? Les Sabiniens croyaient plus sage de se servir de l'expédient suivant : ils étudiaient la convention en elle-même, et l'assimilaient à quelqu'un des contrats reconnus par le droit civil, vente, louage, mandat, société, avec lequel elle offrait le plus d'analogie. Cette assimilation se faisait avec une liberté d'interprétation des plus larges ; elle avait pour effet de suppléer au manque de sanction par

la nature de l'opération. Exemple, la formule du commodat porte : *Quod A. Agerius, N. Negidio rem commodavit*. Celle du pacte *do ut des* est ainsi conçue : *Quod A. Agerius, N. Negidio bovem dedit, ea lege ut N. Negidius equum daret*, etc. — Voy. encore, *infra*, liv. IV, tit. vi, le paragraphe consacré aux actions *in jus* et *in factum*.

(1) *Sic*, MM. Ortolan, t. III, n° 1602 ; Demangeat, t. II, p. 588 et 589. Labbé, *à son cours*.

l'action du contrat analogue. Ainsi, nous avons vu au titre *de la Vente* (1), que les Sabiniens faisaient entrer l'échange dans la définition de la vente, et le sanctionnaient par les mêmes actions (Instit., § 1, liv. III, tit. XXIII). Cependant certaines conventions se refusaient par leur nature particulière à toute assimilation même éloignée avec les contrats du droit civil, il fallait alors recourir à l'action de dol (L. 5, §§ 2, 3, D., *De præscr. verb.*, liv. XIX, tit. V). Or, l'action de dol offrait des inconvénients; elle n'existait que sous certaines conditions, et n'était donnée contre les héritiers que jusqu'à concurrence du profit qu'ils avaient retiré du dol de leur auteur. Aussi la doctrine des Proculiens a-t-elle fini par prévaloir.

Dans le dernier état de la jurisprudence romaine, la partie qui a exécuté la convention a le choix entre la *condictio causa data, causa non secuta*, et l'action *præscriptis verbis*. Mais quel intérêt présentent deux actions différentes, puisque chez les Romains, toutes les actions aboutissent nécessairement à une condamnation pécuniaire? Dans la *condictio causa data*, etc., la condamnation est calculée sur la valeur réelle de la chose livrée, et, à défaut de restitution, c'est cette valeur qui doit être attribuée au réclamant. Au contraire, dans l'action *præscriptis verbis*, la condamnation est calculée sur l'intérêt que le réclamant peut avoir à l'exécution de la convention (L. 5, § 5, D., *eod.*). Il est donc facile de comprendre que, suivant les circonstances, il y aura avantage à se servir de l'une plutôt que de l'autre de ces actions (L. 5, § 1, D., *eod.*).

Une singularité digne de remarque qui nous paraît se maintenir encore dans le dernier état du droit, est que, à l'égard des pactes *facio ut des*, la jurisprudence, par un motif de sévérité très-justifiable, refuse d'admettre l'ac-

(1) Voy. *supra*, liv. III, tit. XXIII, p. 440.

tion *præscriptis verbis* et donne alors l'action infamante de dol (L. 5, § 3, D., *eod.*).

TITRE XXVII

Des obligations qui naissent comme d'un contrat

Définition. — Les deux sources principales des obligations sont les contrats et les délits. Mais il y a certains faits qui, quoique ne rentrant ni dans la classe des contrats ni dans celle des délits, produisent néanmoins des liens juridiques. Lorsque ces faits ont des rapports avec des contrats reconnus, on dit que l'obligation naît *quasi ex contractu;* d'où nous est venue, dans notre droit moderne, l'expression impropre de *quasi-contrat* (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XXVII).

Diverses espèces d'obligations nées quasi ex contractu.

Les Institutes citent cinq cas distincts dans lesquels une obligation naît *quasi ex contractu*. Ce sont : — la gestion d'affaires, fait ayant de l'analogie avec le mandat, — la tutelle et la curatelle, s'y rapportant également ; — la communauté ou indivision, fait qui a du rapport avec le contrat de société; — l'acceptation d'une hérédité, fait qui ne peut se rattacher à aucun contrat déterminé : la loi répute l'héritier lié envers le légataire comme s'il y avait eu convention (1); — le paiement de l'indû, fait qui offre quelque trait de ressemblance avec le *mutuum*, lorsqu'il s'agit d'un paiement indû de choses *quæ pondere, numero, mensurave constant*.

(1) Suivant M. Maynz (*Cours de dr. rom.*, t. II, § 358, p. 452, texte et note 3), ce fait offrirait une grande analogie avec la stipulation. Le légataire a, en effet, de ce chef une *condictio*, qu'on appelle communément *actio ex testamento*, comme on donne le nom d'*actio ex stipulatu* à la condiction qui sert à poursuivre l'exécution d'une obligation verbale. Voy. aussi même auteur, t. III, § 504, p. 566, texte et notes 17-18.

I. DE LA GESTION D'AFFAIRES.

Définition. — Il y a gestion d'affaires lorsque quelqu'un s'ingère dans les affaires d'une autre personne, sans mandat et à l'insu de celle-ci (Instit., § 1, liv. III, tit. XXVII); d'où il résulte qu'il n'y a pas gestion d'affaires, mais mandat tacite, lorsque le maître connaît la gestion et ne s'y oppose pas.

Analogie entre la gestion d'affaires et le mandat.

La gestion d'affaires donne lieu, comme le mandat, à deux actions réciproques : — 1° l'action *negotiorum gestorum directa* est accordée au maître de la chose contre le gérant pour le forcer à rendre compte de son administration (*ut administrationis rationem reddat*); — 2° l'action *negotiorum gestorum contraria* est accordée au gérant contre le maître (même incapable de consentir) pour se faire indemniser des dépenses nécessaires ou utiles par lui faites (Instit., § 1, *eod.*). Toutefois, le gérant n'aurait pas cette action dans deux cas (L. 24, C., *De neg. gest.*, liv. II, tit. XIX) : — 1° s'il avait entrepris la gestion malgré l'opposition et la défense du maître (*invito domino*); — 2° s'il l'avait entreprise dans une intention libérale à l'égard du maître (*animo donandi*).

Quant aux tiers qui ont traité avec le gérant, ils ont contre le maître les actions *utiles* qu'ils auraient eues *directement* contre le gérant; et le maître a contre eux les actions utiles que le gérant aurait pu leur intenter directement.

Différence entre la gestion d'affaires et le mandat.

Le mandataire qui a fait ce qu'on lui a mandé de faire a droit au remboursement de ses dépenses, *alors même qu'elles n'ont procuré aucun profit au mandant.* — Le gérant d'affaires, au contraire, n'a droit qu'aux dépenses qui ont été *utilement faites*, que l'intérêt du maître exi-

geait qu'on fît pour lui (*utiliter gessit negotia*). Il suffit d'ailleurs que l'affaire ait été gérée utilement *ab initio*; peu importe qu'en définitive le maître n'en retire aucun profit (*sed sufficit si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium*) (L. 10, § 1, D., *De negot. gestorum*, liv. III, tit. v).

De la ratification du dominus. — La ratification faite par le maître ne change point, du moins par rapport au gérant, le caractère de l'opération accomplie antérieurement. Le gérant ne peut donc être poursuivi que par l'action *negotiorum gestorum*. Mais, par rapport au maître, la ratification produit les effets suivants : elle le soumet à l'action *mandati*; elle le rend non recevable à impugner les actes passés par le gérant, et l'oblige à rembourser à ce dernier toutes ses dépenses, sans restriction aucune(1).

II. DE LA TUTELLE ET DE LA CURATELLE.

Les tuteurs tenus de l'action de tutelle ne sont pas non plus obligés, à proprement parler, en vertu d'un contrat; car nulle convention n'intervient entre le tuteur et le pupille; cependant comme ils ne sont pas obligés en vertu d'un délit, ils semblent obligés comme par un contrat, comme s'il y avait eu contrat de mandat. Il en est de même des curateurs (Instit., § 2, *eod.*).

Des actions qui naissent de la tutelle et de la curatelle.

Le pupille a contre le tuteur l'action *tutelæ directa* pour le forcer à rendre compte de son administration. — Le tuteur a contre le pupille l'action *tutelæ contraria* pour se

(1) Nous avons suivi, sur cette question controversée, la doctrine généralement enseignée. MM. Vangerow, *Lehrb. der Pand.*, t. III, § 664, p. 524 et suiv.; Maynz, t. II, § 359, p. 453 et 454, texte et note 9; Demangeat, t. II, p. 364; Van Wetter, t. II, § 269, p. 403, texte et note 49. — Voy. aussi une intéressante monographie de M. Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires.*

faire indemniser par lui des dépenses faites, des obligations contractées et des hypothèques données dans son intérêt (Instit., § 2, *eod.*) (1).

En cas de curatelle on emploie les actions *negotiorum gestorum* utiles (L. 4, § 3, D., *De tutel. et ration.*, liv. XXVII, tit. III) (2).

III. DE LA COMMUNAUTÉ OU DE L'INDIVISION.

Lorsque plusieurs personnes, sans qu'il soit intervenu entre elles un contrat de société (*sine societate*), se trouvent avoir la copropriété indivise d'une chose ou d'une masse de biens, soit parce qu'une même chose leur a été léguée ou donnée, soit parce qu'elles sont appelées ensemble à une même hérédité, cette communauté accidentelle crée entre elles des obligations analogues à celles des associés. Une seule et même action est ouverte à chaque communiste : l'action *communi dividundo* entre copropriétaires d'un objet particulier; l'action *familiæ erciscundæ* entre cohéritiers (Instit., §§ 3, 4, *eod.*).

Le but principal de ces actions est de faire opérer le partage et cesser ainsi l'indivision. Accessoirement ces actions obligent celui qui seul a perçu les fruits de la chose commune à en tenir compte aux autres; réciproquement, elles donnent à celui qui a fait des dépenses nécessaires ou utiles pour la conservation ou l'amélioration de la chose commune, le moyen de s'en faire indemniser par les autres (Instit., *ibid.*). Les communistes, de même que les associés, ne sont responsables vis-à-vis les uns des autres que des négligences qu'ils ne commettraient pas dans leurs propres affaires; ils ne sont pas tenus *ad exactissimam diligentiam* (L. 8, § 2, D., *Comm. divid.*, liv. X, tit. III).

(1) Voy. *supra*, liv. I, tit. XXIII, p. 97.
(2) Voy. *supra*, liv. I, tit. XXIII, p. 103.

IV. DE L'ACCEPTATION D'UNE HÉRÉDITÉ.

L'héritier est obligé envers le légataire, non en vertu d'un contrat, puisqu'on ne peut pas dire que le légataire ait fait aucun contrat soit avec l'héritier, soit avec le défunt; et cependant comme l'héritier n'est pas obligé non plus à raison d'un délit, on dit qu'il est tenu *comme par un contrat* (Instit., § 5, *eod.*).

L'action personnelle accordée au légataire contre l'héritier pour la délivrance de son legs est l'action *ex testamento*.

V. DU PAIEMENT DE L'INDU.

Définition.—Payer indûment, c'est payer par erreur ce que l'on ne doit pas.

De l'obligation qui naît du paiement de l'indû.

C'est une obligation unilatérale, pour celui *qui pecuniam indebitam accepit*, de rendre ce qu'il a ainsi reçu. Cette obligation est sanctionnée par une action personnelle, de droit strict, la *condictio indebiti*. Evidemment, il n'y a pas là une obligation résultant d'un contrat, encore moins d'un délit; aussi dit-on que l'*accipiens* est tenu *quasi ex contractu*. Les Institutes vont même jusqu'à assimiler cette obligation à celle qui naît d'un *mutuum*, et disent que l'*accipiens* est tenu comme par un *mutuum* (*obligatur, ac si mutuum illi daretur*) (Instit., § 6, *eod.*).

Analogies entre le mutuum et le paiement de l'indû.

Il y a entre le *mutuum* et le paiement de l'indû beaucoup de points de ressemblance :—1° L'analogie ne peut exister qu'autant qu'il s'agit du paiement de l'indû ayant pour objet une somme d'argent, ou une chose *quæ numero, dondere, mensurave constat*. Il y a alors identité d'objet entre le paiement de l'indû et le *mutuum*. — 2° Le paie-

ment de l'indû, comme le *mutuum*, opère translation de propriété ; et, dans les deux cas, l'obligation de rendre n'est qu'une conséquence de cette translation de propriété.—3° Le *tradens* qui livre des écus dont il n'est pas propriétaire, soit en *mutuum*, soit en paiement d'une dette imaginaire, ne transfère pas la propriété des écus, et n'a pas par conséquent la *condictio ex mutuo* ou *indebiti*. Il conserve la revendication de ses écus. Mais si l'*accipiens* a consommé de bonne foi, alors la *condictio ex mutuo* ou *indebiti* naît au profit du *tradens* (L. 15, § 1, D., *De cond. indeb.*, liv. XII, tit. VI). — 4° Le *tradens* incapable d'aliéner, en livrant des écus qui lui appartiennent, ne peut ni contracter un *mutuum*, ni faire un paiement indû qui donnerait naissance à la *condictio*. Tant que les écus ne sont pas consommés par celui qui les a reçus, le *tradens* peut les réclamer par la revendication. Mais la *condictio indebiti* ou *ex mutuo* prendra naissance par la consommation des écus faite par l'*accipiens* (Instit., § 2, liv. II, tit. VIII). — 5° L'*accipiens* incapable de s'obliger ne peut être tenu ni par le *mutuum*, ni par la *solutio indebiti* (Instit., § 1, liv. III, tit. XIV). Mais il est soumis à une *condictio sine causa*, jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi (*in quantum locupletior factus est*. L. 66 *in fine*, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III).

Conditions essentielles pour qu'il y ait lieu à la condictio indebiti.

Trois conditions sont essentielles pour qu'il y ait lieu à la répétition de l'indû. Il faut : — 1° que la chose payée ne soit pas due (*indebitum*) ; — 2° que le paiement ait été fait par erreur (*per errorem solutum*) ; — 3° que le paiement ne puisse pas être considéré comme fait à titre de transaction.

1° *Dans quels cas il y a indebitum*. — Il y a *indebitum* toutes les fois que l'on paye ce que l'on ne doit ni civilement ni naturellement. Une obligation naturelle est donc une juste cause de paiement et ne permet pas au *tradens*

d'exercer la répétition.—Celui qui, pouvant invoquer une exception perpétuelle, a payé par erreur, alors que l'exception ne laissait subsister à sa charge aucune dette même naturelle, a payé indûment et peut exercer la *condictio indebiti* (L. 26, § 3, D., *De cond. indeb.*, liv. XII, tit. VI) (1).—Il en est de même de celui qui *pendente conditione* acquitte par erreur l'obligation conditionnelle. Tant que la condition n'est pas accomplie, il n'y a point dette, par conséquent il y aura lieu à la *condictio indebiti*. Au contraire, celui qui par erreur a payé une obligation à terme *ante diem*, n'a point la *condictio indebiti*; car la dette existe avant l'échéance du terme (L. 16, *pr.*, L. 17, D., *eod.*).

2° *Dans quels cas le paiement est fait par erreur* (*per errorem solutum*).—Payer par erreur, c'est payer ce que l'on *croit devoir*, et que l'on *ne doit pas* réellement. Celui-là donc qui a payé une chose *qu'il savait ne pas devoir*, n'a pas le droit d'en exercer la répétition contre l'*accipiens*. Il est censé avoir voulu faire une donation, déguiser une libéralité sous l'apparence d'un paiement. En effet, si on ne lui suppose cette intention, il faut alors, de toute nécessité, supposer qu'il a voulu faire un acte dérisoire ou une malice. Cette seconde interprétation ne saurait être admise (L. 53, D., *De reg. juris*, liv. L, tit. XVII).

Mais il y a deux espèces d'erreurs : l'erreur de fait et l'erreur de droit (*juris et facti ignorantia*).—Lorsqu'il s'agit d'une erreur de fait, aucune difficulté ne s'élève. La prestation de l'indû, déterminée par une erreur de fait, donne lieu à la répétition.— Lorsqu'il s'agit d'une erreur de droit, il y a désaccord parmi les jurisconsultes romains. Ainsi, Paul nous dit (L. 9, D., *De jur. et fact.*

(1) Le sénatus-consulte Velléien nous a présenté un exemple d'exception de ce genre. Voy. *supra*, liv. III, tit. XX, p. 425.— Il en est autrement de l'exception résultant du sénatus-consulte Macédonien. Voy. *infra*, liv. IV, tit. VII.

ignor., liv. XXII, tit. VI) que l'erreur de droit ne peut jamais être invoquée. Seulement il porte à ce principe un si grand nombre d'exceptions qu'il en atténue singulièrement la force. Papinien est d'avis que l'erreur de droit ne peut être invoquée par ceux qui veulent s'enrichir (*juris ignorantia non prodest adquirere volentibus*), mais qu'elle ne doit pas nuire à ceux qui luttent pour ne pas perdre ce qui leur appartient (*suum vero petentibus non nocet*) (L. 7, D., *eod.*). En résumé, de la combinaison des textes on peut déduire la règle suivante : que l'erreur de droit ne nuit pas à celui qui l'a commise, toutes les fois qu'elle est excusable et qu'elle n'est pas une cause d'enrichissement (1).

3° *Dans quels cas le paiement de l'indû peut-être considéré comme fait à titre de transaction.*— Il n'y a pas lieu à la *condictio indebiti* toutes les fois que le paiement peut être considéré comme fait à titre de transaction, ce qui arrive dans les cas suivants : — *a. Cas de l'action judicati.* Lors qu'une personne contre laquelle une sentence a été rendue nie l'existence de cette sentence : elle s'expose, si elle succombe, à être condamnée au double de la première condamnation. Aussi, lorsque cette personne, dans le doute, consent à payer, au lieu de contester l'existence de la condamnation, elle ne peut ensuite réclamer comme ayant payé indûment. En effet, elle a payé avec cause, puisqu'elle a voulu éviter le danger de payer plus. — *b. Cas de la loi Aquilia.* Si, dans l'un des trois cas de la loi *Aquilia*, le défendeur paye ce qui lui est demandé, quoiqu'il puisse ne pas le devoir, mais dans la crainte que sa résistance n'entraîne la condamnation au double, il paye avec cause et n'a pas l'action en répétition. — *c. Cas d'un legs ou d'un*

(1) *Sic*, MM. de Savigny, *System*, t. III. p. 447 ; Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 625, rem. 1re; Namur, 2e édit., t. II, § 338, p. 100; Demangeat, t. II, p. 370 et 371 ; Maynz, t. II, § 362, p. 461, texte et note 15 ; Van Wetter, t. II, § 270, p. 104, texte et notes 5 et 7; Goudsmit, *op. cit.*, § 52, p. 128 et suiv. (traduit du néerlandais par M. Wuylsteke); Labbé et Gide, *à leurs cours*.

fidéicommis fait au profit des églises, monastères, etc. Lorsqu'un héritier, poursuivi pour un legs fait à des églises, à des monastères ou à d'autres lieux saints, le paye sur-le-champ, avant même de vérifier s'il est dû, mais dans la crainte de se voir condamner au double pour l'avoir refusé, il n'y a pas lieu à répétition (*quæ, si indebita solventur, non repetuntur*). — Dans tous ces cas, le paiement est fait à titre de transaction, pour éviter une condamnation supérieure (Instit., § 7, liv. III, tit. XXVII).

Détermination et montant de la condamnation résultant de la condictio indebiti. — La condamnation se détermine d'après les deux principes suivants : 1° l'*accipiens* de mauvaise foi doit rendre l'équivalent exact de ce qu'il a reçu ; 2° l'*accipiens* de bonne foi n'est tenu qu'en tant qu'il se trouve encore enrichi au moment de l'action intentée et jusqu'à concurrence seulement de cet enrichissement (L. 65, §§ 6 à 8, L. 66, D., *De cond. indeb.*, liv. XII, tit. VI).

APPENDICE

De la prestation des fautes

Généralités.

La faute peut être qualifiée une violation du droit. Le droit dans les obligations est la convention, puisque le contrat est la loi des parties. Le contrat est plus ou moins étendu. Il y a en effet des obligations de *droit strict*, et des obligations de *bonne foi*. La violation du droit se présente plus rarement dans les premières que dans les secondes.— Ainsi, vous m'avez promis sur ma stipulation de me donner l'esclave *Stichus*. Votre obligation est de me transférer la propriété de l'esclave *Stichus*, et rien de plus. Dans quels cas y aura-t-il violation du droit? Lorsque vous tuez *Stichus*. Mais si vous le laissez mourir faute de le soigner en état de maladie, êtes-vous responsable? Non,

car vous n'avez pas violé votre obligation qui ne consiste pas à soigner l'esclave *Stichus*, ni à le nourrir. Votre obligation, prise à la lettre, ne consiste qu'à *dare* (L. 91, D., *De verbor. obligat.*, liv. XLV, tit. I). Toutefois ces conséquences souvent injustes recevaient deux atténuations : 1° celui qui stipulait, pouvait faire insérer la formule *ex fide bona* dont le résultat était d'étendre la responsabilité du promettant dans les limites d'une obligation de bonne foi ; 2° le stipulant pouvait exercer un recours contre le promettant par l'action de *dol*. — Dans les contrats de bonne foi, il n'y a pas une obligation aussi précise, aussi étroitement déterminée. La responsabilité du débiteur et l'appréciation de ses fautes varient suivant les différentes espèces de contrats. Cependant, malgré la variété des contrats de bonne foi, il y a deux principes qui sont communs à tous : 1° le débiteur est toujours tenu de son dol ; 2° il n'est pas responsable des cas fortuits.

Du dol, du cas fortuit, de la faute.

Du dol. — Le dol (*dolus*) est le fait de ma volonté par lequel je vous nuis en connaissance de cause et avec l'intention de vous nuire. Le débiteur répond toujours de son dol. Aucune convention ne peut le décharger de cette responsabilité. Mais rien n'empêche que le créancier renonce à exiger réparation des conséquences d'un dol déjà commis (L. 23, D.. *De reg. jur.*, liv. L, tit. XVII).

Du cas fortuit. — Le cas fortuit (*casus*) est un événement indépendant de la volonté du débiteur, et qui ne peut en aucune façon lui être imputé : par exemple, la foudre, l'inondation, etc. En général, le débiteur ne répond pas du cas fortuit (L. 23, D., *eod.*).

Mais, relativement au cas fortuit, les conventions contraires sont permises et licites. Le débiteur peut s'engager à réparer les conséquences fâcheuses du cas fortuit. Souvent le seul fait de l'estimation de la chose qui fait l'objet de la convention suppose une convention implicite mettant à la charge du débiteur la responsabilité des cas for-

fruits. Il en est ainsi dans le commodat (L. 15, § 3, D., *Commod.*, liv. XIII, tit. VI).

Entre le *dolus* et le *casus* se place la faute (*culpa*).

De la faute.— Quand y a-t-il faute? Je prends un exemple : des voleurs sont entrés chez moi et ont volé des objets qui vous appartiennent. Si j'avais pris soin de bien fermer les portes et que les voleurs se fussent introduits par effraction, il y a *casus*, il n'y a point faute. Mais si j'avais oublié de fermer les portes, il y a *culpa*, il n'y a point *casus*. Ce fait est alors un résultat de mon imprudence. La faute est donc l'acte qui aurait pu être empêché par une volonté prévoyante. Être tenu de la faute, c'est être tenu d'une certaine diligence. La faute, de même que le dol, peut se manifester d'une manière positive ou négative, par un fait (*in committendo*) ou par une omission (*in omittendo*). C'est de cette dernière façon qu'elle se manifeste le plus fréquemment.

Des degrés de la faute.— Il y a des degrés dans la faute. Elle est lourde (*lata*) ou légère (*levis*).

De la faute lourde. — Dans quels cas la faute est-elle lourde? La faute est *lourde* toutes les fois qu'elle est le résultat d'une négligence tellement exagérée que l'homme le moins attentif ne l'aurait pas commise (*lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt*) (L. 213, § 2, L. 223, *pr.*, D., *De verb. signif.*, liv. L, tit. XVI). Aussi cette faute lourde est-elle mise sur la même ligne que le dol, en ce sens que tous les débiteurs, sans exception, en répondent (*mala culpa dolus est*). Par exemple, lorsque les Institutes (§ 3, liv. III, tit. XIV) nous disent que le dépositaire est responsable de son dol et non de sa faute, il faut entendre par le mot *dol* non-seulement le dol proprement dit, mais encore la faute lourde.

De la faute légère. — Dans quels cas la faute est-elle légère? Pour apprécier la faute légère, il faut se placer à deux points de vue : — 1° à un point de vue *concret* (*in concreto*); alors on tient compte des habitudes, du carac-

tère du débiteur; — 2° ou bien à un point de vue *abstrait* (*in abstracto*) : alors on compare la conduite du débiteur, dont la responsabilité est en question, avec la conduite qu'aurait tenue un propriétaire diligent, le type abstrait du bon père de famille (*diligentissimus paterfamilias*). Les jurisconsultes romains ont préféré ce dernier point de vue au premier.

En général, le débiteur est responsable de la faute légère *in abstracto*. L'appréciation de la faute légère *in concreto* n'est donc admise que par exception dans un certain nombre de cas où on témoigne au débiteur une grande indulgence. Ces exceptions peuvent résulter soit de la volonté des parties, soit de la loi :

De la volonté des parties. — Ainsi, je puis convenir avec mon débiteur qui, d'après la nature du contrat, doit répondre de la faute légère *in abstracto*, qu'il ne sera tenu que de la faute légère *in concreto*, et même qu'il n'en sera pas tenu du tout;

De la loi dans deux catégories d'actes. Le débiteur n'est pas tenu de sa faute, mais seulement de son dol, lorsqu'il ne tire aucun avantage du contrat. Exemple : dans un contrat de dépôt (Instit., § 3, liv. III, tit. XIV) le dépositaire qui rend un service purement gratuit n'est pas tenu de sa faute *in abstracto*, on n'exige de lui que l'absence de dol. Il en est de même du prêteur dans le commodat, du donateur (L. 18, § 3, D., *De donat.*, liv. XXXIX, tit. V). Il en faudrait dire autant du mandataire, car le mandat est, en général, formé dans l'intérêt exclusif du mandant. Tel était, en effet, le principe (*Collatio leg. mosaïc.*, § 3, tit. X, ch. II). Mais ce principe a reçu par la suite de nombreuses exceptions. Ainsi le mandataire était tenu de sa faute *in abstracto* : — toutes les fois qu'il s'était offert au mandat; — toutes les fois que l'affaire dont il s'était chargé exigeait par sa nature même une grande diligence; — toutes les fois qu'il recevait des honoraires. Ces cas ont fini par être si nombreux, que les

jurisconsultes ont confondu quelquefois l'exception avec le principe, et prétendu que le mandataire était tenu de sa faute légère *in abstracto*. (L. 13, C., *Mandati*, liv. IV, tit. XXXV). — Cependant le gérant d'affaires était tenu de sa *culpa levis in abstracto*, bien qu'il ne retirât aucune utilité de la gestion. La raison de cette sévérité à l'égard du gérant d'affaires est que, s'il ne s'était pas offert à la gestion, un autre plus diligent que lui l'aurait entreprise. (Instit., § 1, liv. III, tit. XXVII).

Dans certains contrats, le débiteur est tenu de sa faute, mais il peut en éviter les conséquences fâcheuses, s'il prouve qu'il est tout aussi négligent pour ses affaires personnelles qu'il l'a été pour les affaires de son créancier. Dans quels cas le débiteur aura-t-il cette faculté? Toutes les fois qu'il aurait lui-même un intérêt à la bonne gestion de la chose; toutes les fois qu'il pourrait répondre au créancier : « J'ai traité la chose comme mienne parce qu'elle était mienne pour une certaine partie. » Par exemple, l'associé n'est tenu que de sa faute *in concreto*. et non de sa faute *in abstracto;* il ne doit apporter dans la gestion des affaires communes que les soins qu'il porte à ses propres affaires (Instit., § 9, liv. III, tit. XXV). Il en est de même pour le communiste (L. 25, § 16, D., *Fam. ercisc.*, liv. X, tit. II), et pour le mari qui administre les biens dotaux de sa femme (L. 17, *pr.*, D., *De jur. dot.*, liv. XXIII, tit. III.) Peut-être faut-il comprendre, dans cette énumération, le tuteur et le curateur, qui doivent être traités avec d'autant plus de ménagement qu'ils remplissent gratuitement une charge qu'il n'était pas en leur pouvoir de décliner (L. 1, *pr.*, D., *De tut. et rat.*, liv. XXVII, tit. III) (1).

(1) Cette théorie des fautes indiquée par Doneau (*Comment. jur. civ.*, liv. XVII, ch. VI et VII), et défendue assez maladroitement par Lebrun, dans une dissertation publiée en 1764 par Pothier, a été pour la première fois établie sur des bases irréfutables par M. Hasse (*Die Culpa des Rœmischen Rechts*, Kiel, 1815). Elle est généralement adoptée par les

TITRE XXVIII

Par quelles personnes nous acquérons une obligation

Une obligation nous est acquise, c'est-à-dire nous devenons créanciers, non-seulement par nous-mêmes, mais encore par les personnes qui sont en notre puissance, comme par nos esclaves et par nos fils de famille.

Voyez les développements que nous avons donnés en plusieurs chapitres antérieurs (Liv. II, tit. IX, p. 180 et suiv.; liv. III, tit. XVII, p. 395 et suiv., et tit. XIX, p. 408 et suiv.).

romanistes modernes. *Sic*, MM. Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 407; Ducaurroy, t. III, nos 1067 et suiv.; Ortolan, t. III, nos 1633 et suiv.; de Fresquet, t. II, p. 78 et suiv.; Demangeat, t. II, p. 444 et suiv.; Thézard, p. 261; Maynz, t. II, § 258 et suiv.; Namur, 2e édit., t. I, § 226, p. 307 et suiv.; Van Wetter, t. II, § 193, p. 669 et suiv.; Goudsmit, *op. cit.*, § 76, p. 206 et suiv. (traduct. de M. Wuylsteke); Machelard, Labbé et Gide, *à leurs cours*.—Les anciens interprètes, notamment Accurse, Vinnius, Ant. Faber, Heinoccius, et Pothier lui-même, suivaient un autre système et distinguaient *trois* degrés de faute, *culpa lata*, *levis* et *levissima*. La *culpa lata* constituerait une négligence très-grossière, que l'individu le moins attentif aurait évitée : aussi est-elle assimilée au dol. La *culpa levis* consisterait dans l'omission des soins que prend habituellement un propriétaire vigilant, un bon père de famille. La *culpa levissima*, enfin, consisterait dans des soins plus minutieux, plus délicats que ceux d'un bon père de famille. Il faudrait pour l'éviter une vigilance extrême, une attention toute particulière. A cette division des fautes correspondrait une division des contrats en trois classes suivant l'intérêt des parties. Ainsi le contrat peut avoir été formé, dans l'intérêt du créancier seulement, dans l'intérêt des deux parties, créancier et débiteur, dans l'intérêt du débiteur seulement. — Lorsque le contrat a été formé dans l'intérêt du créancier seul, par exemple, en cas de dépôt, la responsabilité du débiteur est aussi peu étendue que possible, il n'est tenu que de la *culpa lata* assimilée au dol. — Lorsque le contrat a été formé dans l'intérêt des deux parties, par exemple, en cas de vente ou de louage, le débiteur répond de la *culpa lata* et de la *culpa levis*. — Enfin, si le contrat a été formé dans l'intérêt du débiteur seul, par exemple, en cas de commodat, il y a lieu à la responsabilité non-seulement de la *culpa lata* et de la *culpa levis*, mais encore de la *culpa levissima* —Ce système s'appuierait sur les textes suivants : L. 5, § 2; L. 18, *pr.*, D., *Commod.*, liv. XIII, tit. VI; L. 1, § 4, D., *De oblig. et act.*, liv. XLIV, tit. VII.—Il est bon d'observer que les rédacteurs du Code civil n'ont pas suivi cette doctrine.

TITRE XXIX

De quelles manières s'éteint une obligation

Division. — Les modes d'extinction des obligations se divisent en deux classes, savoir : — 1° les modes d'extinction qui opèrent *ipso jure*, d'après le droit civil même. L'obligation est alors complétement éteinte; — 2° les modes d'extinction qui opèrent *exceptionis ope*. L'obligation subsiste d'après le droit civil; mais si le créancier poursuit le débiteur, celui-ci peut paralyser son action par une exception.

Importance de cette division. — 1° Lorsque l'extinction opère *ipso jure*, elle profite indistinctement à toute personne intéressée à la dissolution de l'obligation. Au contraire, quand l'extinction n'opère qu'*exceptionis ope*, elle peut ne profiter qu'à quelques-uns et non pas à tous les obligés. — 2° Lorsqu'une dette est éteinte *ipso jure*, elle ne peut plus être reconstituée; elle est anéantie à jamais. Aucune puissance ne peut la faire revivre. Au contraire, lorsque la dette n'est éteinte qu'*exceptionis ope*, elle n'est pas réellement anéantie, puisqu'elle subsiste toujours d'après le droit civil, mais elle est plutôt paralysée dans son efficacité. Or un fait nouveau peut enlever au débiteur le bénéfice de l'exception. Si donc le moyen de défense disparaît, l'ancienne dette revit et retrouve sa force première.

Des modes d'extinction des obligations ipso jure.

Dans le titre XXIX des Institutes, Justinien ne s'occupe que des modes d'extinction des obligations *ipso jure*, savoir: du paiement et de la dation en paiement, de la novation, de l'acceptilation, et du mutuel dissentiment. — Il existe encore certains autres modes d'extinction *ipso*

jure que Justinien ne mentionne pas; ce sont : la perte de la chose due, la confusion.

Quant aux autres modes d'extinction des obligations qui n'opèrent pas de plein droit (*ipso jure*), mais qui procurent seulement au débiteur une exception (*exceptionis ope*), pour se défendre contre l'action du créancier, nous nous en occuperons au titre *des Exceptions* (Liv. IV, tit. XIII).

I. DU PAIEMENT ET DE LA DATION EN PAIEMENT.

Définition. — Le mot paiement (*solutio*) a deux sens : — 1° un sens large, par lequel il désigne tous les modes extinctifs d'obligation, soit l'accomplissement de l'engagement pris, soit la libération par l'acceptilation, la novation, etc. (*solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam.* L. 54, D., *De solution.*, liv. XLVI, tit. III); — 2° un sens plus étroit qui est celui de notre titre XXIX, et qui signifie la prestation précise de la chose due, la réalisation exacte de l'objet même de l'obligation. Exemple : Vous me payez lorsque vous me rendez propriétaire du cheval que vous avez promis de me *dare*.

Qui peut payer ?

Le paiement peut être fait aussi bien par la première personne venue, par un tiers qui n'a pas figuré au contrat, que par le débiteur principal ou accessoire (*nec tamen interest quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo*). Le paiement fait par un tiers soit au su, soit à l'insu, ou même contre le gré du débiteur opère libération (*liberatur enim et alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore vel invito, solutio fiat.* Instit., *pr.*, liv. III, tit. XXIX). Cette règle a été admise dans l'intérêt réciproque du créancier et du débiteur.

Exception à cette règle. — Lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire, il est possible que le fait dû soit le fait d'une

personne dont l'habileté particulière a été prise en considération lors de la formation du contrat. Dans ce cas, l'obligation ne peut être acquittée que par le débiteur lui-même (L. 31, D., *eod.*) (1).

Condition nécessaire à la validité du paiement fait par un tiers non obligé. — Pour qu'un tiers fasse un paiement valable de la dette d'autrui, il faut qu'il ait la volonté de libérer autrui. Car s'il paye par erreur, croyant acquitter sa propre dette, il pourra répéter ce qu'il aura payé par la *condictio indebiti* (L. 19, § 1, L. 55, D., *De cond. indeb.*, liv. XII, tit. VI) (2).

Du cas où l'obligation a pour objet une dation de chose. — Lorsque l'obligation a pour objet une *datio* de chose, il faut, pour faire un paiement valable, deux conditions : 1° être propriétaire de la chose ; 2° être capable de l'aliéner. D'ailleurs, le paiement fait par un *non dominus* ou par un incapable peut devenir valable et efficace, notamment si le créancier consomme la chose de bonne foi, ou l'usucape (L. 60, D., *De solution.*, liv. XLVI, tit. III) (3).

A qui le paiement doit-il être fait ?

Le paiement doit être fait au créancier lui-même. Toutefois si le créancier est incapable d'aliéner ou mieux de rendre sa condition pire, par exemple, un pupille non autorisé, le paiement n'est pas valable. C'est qu'en effet l'acceptation d'un paiement entraîne l'aliénation de la créance. Le paiement peut encore être fait à l'*adjectus solutionis gratia*, au tuteur ou au curateur du créancier, à un mandataire autorisé à recevoir (4).

Quid du cas où le paiement est fait à un tiers qui n'a pas mandat de recevoir ? En principe ce paiement est nul, mais il peut devenir efficace par la ratification du créancier (L. 49, D., *eod.*) (5).

Qu'est-ce qui doit être payé ?

Le paiement, pour être valable, doit être de la chose même comprise dans l'obligation, peu importe que l'objet

(1-2-3) Comp., Cod. civ., art. 1236-1238. — (4-5) Art. 1239-1242.

offert soit d'une valeur égale ou même supérieure (L. 1, § 2, D., *eod.*) (1).

La chose due, bien qu'elle soit parfaitement divisible, doit être payée en totalité; elle ne peut l'être, par parties, malgré le créancier (L. 13, § 8, D., *Empt.*, liv. XIX, tit. I). — Ce principe reçoit cependant un assez grand nombre d'exceptions, entre autres : l'exception résultant du bénéfice de division dont jouissent les débiteurs accessoires (2).

Enfin l'obligation doit être exécutée à l'époque fixée et dans le lieu convenu (3).

Des offres et consignation. — Si le créancier refuse de recevoir son paiement, le débiteur peut se libérer en lui faisant des offres qu'il fait suivre d'une consignation au lieu indiqué par l'autorité judiciaire. La consignation procure au débiteur tous les avantages d'un paiement valable : ainsi, elle arrête le cours des intérêts lorsque l'objet de l'obligation est une somme d'argent. En second lieu, elle fait cesser les risques de la perte de la chose due qui pesaient sur la tête du débiteur, et les transporte sur la tête du créancier (L. 19, C., *De usuris*, liv. IV, tit. XXXII).

Des effets du paiement. — Le paiement fait valablement libère non-seulement le débiteur, mais aussi les personnes qui sont intervenues pour lui, comme les fidéjusseurs. De même, il anéantit les autres sûretés notamment les droits de gage et d'hypothèque; car ces accessoires, une fois la dette éteinte, n'ont plus de raison d'être (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XXIX; L. 43, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III).

Preuve du paiement. — En principe, cette preuve est soumise à la théorie générale de la preuve ; elle incombe au débiteur qui invoque le paiement comme une exception. — Le plus souvent elle se fait par la production d'une quittance libératoire, ou par témoins. Cinq témoins jouissant d'une bonne réputation sont nécessaires dans le cas où la dette se trouve constatée par écrit.

(1-2) Cod. civ., art. 1243-1244. — (3) art. 1247.

De la datio en paiement.

Définition. — La dation en paiement est la prestation faite au créancier d'une chose autre que la chose due (*aliud pro alio*). Mais, pour cela, il faut le consentement du créancier (*aliud pro alio, invito creditore, solvi non potest*). Exemple : je vous offre mon cheval en paiement d'une somme que je vous dois ; vous acceptez ; il y a *datio in solutum : datio*, c'est-à-dire translation de la propriété du cheval ; *in solutum*, c'est-à-dire à titre de paiement.

Des effets de la dation en paiement. — La dation en paiement a-t-elle, comme le paiement lui-même, pour effet de dissoudre l'obligation *ipso jure ?* Il y avait sur ce point controverse entre les Proculiens et les Sabiniens : — Les Proculiens pensaient que la *datio* en paiement se distinguait du paiement en ce qu'elle ne produisait pas d'extinction *ipso jure*. Mais ils accordaient à ce débiteur, qui restait obligé dans la rigueur du droit civil, une exception de dol pour se défendre contre l'action du créancier (*ipso jure manet obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debet*). — Les Sabiniens, au contraire, croyaient qu'il pouvait résulter de la *datio* en paiement une extinction radicale, *ipso jure*, de la dette, comme s'il y avait eu un paiement réel. L'opinion des Sabiniens a prévalu (Gaïus, C. III, § 168 ; Instit., *pr.*, liv. III, tit. XXIX.)

Que décider au cas où le créancier est évincé de la chose donnée en payement *pro alio ?* — Il y a encore controverse sur cette question : — Certains jurisconsultes, parmi lesquels on compte Marcien, prétendent qu'il n'y a rien de fait, que l'obligation primitive subsiste comme s'il n'y avait pas eu *datio in solutum* (*manet pristina obligatio*) (L. 46, *pr.*, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III). — D'autres jurisconsultes, au nombre desquels figure Ulpien, accordent au créancier ainsi évincé une action *utilis ex empto* contre le débiteur (L. 24, *pr.* D., *De pignerat. act.*, liv. XIII, tit. VII). — *Cas dans lequel il y aurait intérêt pour le créancier à agir par l'action de la créance primitive.* Le

créancier évincé aurait avantage à agir contre le débiteur par l'action de la créance primitive, si ce dernier était insolvable et que la créance primitive fût munie d'une hypothèque ou garantie par des fidéjusseurs. Sous ce rapport, la doctrine de Marcien était plus favorable au créancier. — *Cas dans lequel il y aurait intérêt pour le créancier à invoquer l'action utilis ex empto.* Mais le créancier aurait avantage à agir par l'action *utilis ex empto*, si le débiteur était solvable et que la chose donnée en payement eût augmenté de valeur. En effet, par l'action de sa créance primitive, le créancier n'obtiendrait que le montant de ce qui lui était dû ; au contraire, par l'action *utilis ex empto* il peut contraindre le débiteur à l'indemniser de tout le tort que lui cause l'éviction (*quanti interest ejus rem evictam non fuisse*). Sous ce rapport, la doctrine d'Ulpien protége plus efficacement le créancier (1).

II. DE LA NOVATION.

Définition. — La novation est la transformation d'une dette en une autre. « *Novatio est*, dit Ulpien au Digeste (L. 1, pr., *De novat.*, liv. XXIX, tit. II), *prioris debiti in aliam obligationem... transfusio atque translatio; hoc est, cum ex præcedenti causa ita nova constituatur, ut prior*

(1) Les essais de conciliation n'ont pas manqué pour mettre d'accord les deux textes de Marcien et d'Ulpien. Ces efforts qui remontent aux glossateurs se sont continués jusqu'à nos jours. Ainsi, selon M. Labbé, *De la garantie*, p. 93, le créancier aurait le droit de choisir, suivant son intérêt, entre l'action primitive de la créance et l'action *ex empto*, et même de cumuler, au besoin, les avantages de l'une et de l'autre action jusqu'à concurrence de la condamnation la plus forte. C'est aussi, en ce sens, que notre savant maître s'est prononcé *à son cours*. — Nous pensons avec M. Demangeat, t. II, p. 425, qu'il y a impossibilité de concilier ces textes dont la contrariété résulte de la divergence d'opinions entre les Sabiniens et les Proculiens relativement aux effets de la dation en paiement. Le texte de Marcien aurait été écrit d'après la doctrine des Sabiniens qui confondaient la dation en paiement avec le paiement, tandis que le texte d'Ulpien serait inspiré par la doctrine des Proculiens qui distinguaient la dation en paiement du paiement même.

perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione. »

Utilité de la novation. — Le plus souvent, quand sur ma stipulation vous consentez à me promettre 100 sesterces, c'est que vous me les deviez déjà à un autre titre. Exemple : vous me devez une certaine somme comme mandataire ou comme gérant d'affaires. Au lieu de porter le règlement de cette dette en justice, ce qui exigerait un procès, nous faisons la liquidation à l'amiable, et vous consentez à me devoir, comme reliquat de compte, 100 sesterces. Alors je stipule de vous 100 sesterces. Cette stipulation est une novation. En effet, par elle, nous remplaçons l'ancienne obligation par une obligation toute nouvelle. Voici l'avantage : si j'avais agi contre vous en vertu du contrat primitif, mandat, gestion d'affaires, etc., j'aurais été obligé, pour établir ma dette contre vous devant le juge, de démontrer les actes de mandat, de gestion d'affaires. Il y aurait eu une preuve difficile à établir. De plus, je ne sais jamais à l'avance la condamnation que j'obtiendrai contre vous. Par la stipulation nous fixons cette somme. Désormais, devant le juge, l'action sera simplifiée. Il n'y aura plus à examiner les actes souvent compliqués de mandat ou de gestion d'affaires. La stipulation, en effet, se passe de cause ; elle se tient lieu de cause à elle-même. Je n'aurai à prouver qu'une chose bien simple : c'est que sur ma stipulation vous m'avez promis 100 sesterces (1). Pour vous contraindre à l'exécution de votre obligation, j'aurai la *condictio certi*.

En résumé, la novation a pour objet de donner à une dette préexistante une forme déterminée qui la rend plus facile à exercer en justice.

Conditions nécessaires pour opérer une novation. — Quatre conditions sont requises pour faire une novation valable, savoir : — le consentement des parties et leur intention de créer de nouveaux rapports juridiques (*animus*

(1) Voy. M. Gide, *De la novation en dr. rom.*, Rev. de législat., 1871, p. 124.

novandi);—une stipulation et une stipulation valable (*stipulatio*); — une obligation préexistante et valable (*idem debitum*); — un élément nouveau qui fait différer en quelque chose la seconde obligation de la première (*aliquid novi*).

Première condition. — Le consentement des parties et leur intention de créer de nouveaux rapports juridiques (*animus novandi*). — Comme dans tout contrat, le consentement des parties est ici nécessaire pour la création de l'obligation nouvelle. Mais quand la novation s'accomplit par le changement de débiteur, il n'est pas nécessaire que le débiteur primitif consente. Car, de même qu'un tiers peut payer malgré le débiteur, de même il peut le libérer, malgré lui, par une promesse. — Il faut que l'intention des parties d'opérer novation (*animus novandi*) soit certaine. Dans l'ancien droit, la question de savoir si, dans tels cas déterminés, il y avait eu novation, était une question d'intention qui se résolvait par l'examen des faits. Il en résultait des difficultés d'appréciation inextricables qui donnaient lieu à de nombreux procès. C'est pour couper court à ces procès que Justinien a décidé que désormais la novation ne s'opérerait qu'autant que les parties l'auraient *expressément* déclaré; qu'à défaut de cette expression de volonté, la première obligation continuerait de subsister à côté de la seconde (Instit., § 3, liv. III, tit. XXIX) (1).

Deuxième condition. — Une stipulation valable. — C'est la stipulation qui sert à opérer la novation; il n'y a pas de novation sans stipulation. Pourrait-on employer également

(1) L'interprétation de la constitution de Justinien (L. 8, C., *De novat.*, liv. VIII, tit. XLII), à laquelle renvoient les Institutes, soulève encore de graves controverses entre les commentateurs. Faut-il la prendre dans toute sa rigueur, et dire, avec la majorité des interprètes, que la législation de Justinien n'admet plus que des novations *expresses*, ou bien doit-on penser que la novation peut encore être *tacite*, pourvu que la volonté des contractants se révèle d'une manière positive ? — V. conformément à la première opinion, Mackeldey, *Lehrb.*, t. II, § 505; Sintenis, *Civilrecht*, t. II, § 105, I, 4° et note 25; Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 619; Namur, 2e édit., t. II, § 359, p. 128, 5°; Demangeat, t. II, p. 423;—et conformément à la seconde, Arndts, *Lehrb.*, § 268; Puchta, *Pand.*, § 291; Salpius, *De la novation*, §§ 42-44; Maynz, t. II, § 377, 3°; Van Wetter, t. I, § 202, p. 719, texte et note 21; Gide, *De la novation en droit romain*, Rev. de législ., 1871, p. 727 et suiv. — Comp. Cod. civ., art. 1273.

à cet effet la forme du contrat *litteris?* Les interprètes les plus autorisés du droit romain enseignent que les *nomina transcriptitia* pouvaient servir à opérer une novation (1).

Il faut, en outre, une stipulation *valable*. Ainsi un esclave promet pour son maître, dans le but de nover la dette de celui-ci. L'esclave n'a pas de capacité juridique qui lui soit personnelle. Au point de vue du droit civil, il n'est pas une personne, il n'est rien. Il n'a que la capacité de son maître qu'il peut emprunter pour figurer comme stipulant dans la stipulation, mais non comme promettant et à l'effet d'obliger ce maître. Lorsque l'esclave intervient *ex persona sui*, c'est comme si personne n'était intervenu. Alors le premier débiteur reste obligé de même que si la stipulation postérieure n'avait pas eu lieu (Instit., § 3, *eod.*).

Mais il suffit que la stipulation soit *valable en la forme*, il n'est pas besoin qu'elle soit *utile, efficace au fond* : par exemple, un pupille non autorisé par son tuteur figure comme promettant dans une stipulation ayant pour but de nover une obligation préexistante. La novation pourra

(1) *Sic*, MM. Ortolan, t. III, p. 382, n° 1692; Demangeat, t. II, p. 435; Maynz, t. II, § 377, p. 534, texte et note 12; Domenget, *Instit. de Gaius*, p. 415; Namur, 2e édit., t. II, § 360, p. 128, 6e; Van Wetter, t. I, § 202, p. 721, et § 223, p. 817; Labbé, *à son cours*. Comp. M. Machelard, *Obligat. naturelles*, p. 85 — Cependant M. Gide (*à son cours*) a soutenu l'opinion contraire. Voici sur quelles considérations il a appuyé son argumentation : 1° Gaïus, quand il traite de la novation (C. III, §§ 176 et suiv.), ne parle pas du contrat *litteris*, et réciproquement quand il s'occupe du contrat *litteris* (C. III, §§ 128 et suiv.), il ne dit rien de la novation. Or ce silence ne s'expliquerait pas, si le contrat *litteris* pouvait servir à opérer une novation; 2° la forme même du contrat *litteris* repousse toute idée de novation. En effet, si, lorsque vous êtes mon débiteur d'un prix de vente, je veux convertir cette créance en un contrat *litteris*, je suis dans la nécessité de faire deux écritures : à la colonne des recettes je porterai cette somme comme reçue; à la colonne des déboursés je porterai la même somme comme vous ayant été comptée. Or ces deux écritures sont indépendantes l'une de l'autre. Il y a là deux actes distincts, deux opérations qui ne se tiennent pas. La novation, au contraire, est un acte unique comme le paiement. Sans doute, la novation produit deux effets; mais si l'effet est double, l'acte en lui-même est simple. Ainsi il n'y a pas de novation sans stipulation. Tout autre contrat serait impropre. — Voy. aussi, du même professeur, *De la novation en dr. rom.*, Rev. de législ., 1871, p. 119 et suiv., 685 et suiv., et surtout ses *Observations sur le contrat litteris*, Rev. de législat., 1873, p. 121 et suiv.

parfaitement s'accomplir, car la stipulation est valable en la forme. Le pupille, en effet, a une capacité juridique qui lui est *personnelle*, et qui lui permet de figurer *ex persona sui* dans une stipulation, même comme promettant. Mais le pupille ne peut pas s'obliger efficacement *sine tutore auctore;* il en résultera que cette stipulation, valable en la forme, se trouvera cependant inutile au fond. Le stipulant n'aura pas d'action contre le pupille. Néanmoins il y a, dans ce cas, une stipulation suffisante. L'obligation primitive est éteinte (Instit., § 3, *eod.*).

Troisième condition. — Une obligation préexistante et valable. — Pour qu'il y ait novation, il faut nécessairement qu'il existe une première obligation (*idem debitum*). Mais la première obligation peut avoir pris naissance d'une façon quelconque. Ainsi une obligation qui n'est que naturelle peut être novée par une obligation civile (L. 1, § 1, L. 2, D., *De novat.*, liv. XLVI, tit. II). La novation, en effet, équivaut au paiement. Or le paiement d'une dette naturelle ne donne pas lieu à la *condictio indebiti*. Que résultera-t-il donc, si une promesse est faite dans le but de nover une obligation qui n'a pas d'existence? Par exemple, je stipule de vous les 100 sesterces que vous croyez me devoir; mais vous ne me les devez pas. Vous aurez une *condictio indebiti promissa* qui vous permettra de répéter ce que vous m'avez promis indûment; je serai obligé de vous faire remise de cette promesse.

Quatrième condition.—Un élément nouveau établissant une différence entre la nouvelle obligation et l'obligation primitive. — Quel peut être cet élément nouveau (*aliquid novi*)? Il peut se rencontrer dans les trois ordres de faits suivants :

La novation se fait : — soit par changement de dette, sans changement de parties ; — soit par changement de débiteur, sans changement de créancier;—soit par changement de créancier.

1° *Par changement de dette, sans changement de parties.* — L'obligation peut être novée entre le même créancier et le même débiteur, lorsque le changement porte soit sur

l'objet, soit sur la cause, soit sur les modalités, soit sur les accessoires de l'obligation primitive. — L'*objet* de l'obligation peut être nouveau *in posteriore stipulatione* : par exemple, vous me devez un cheval en vertu d'une stipulation; nous convenons ensemble que je vous tiendrai quitte de votre obligation si vous me promettez, sur ma stipulation, 100 sesterces (1). — La *cause* de l'obligation peut être nouvelle: par exemple, vous êtes mon débiteur en vertu d'un contrat de vente, je stipule de vous ce que vous me devez déjà. Il y a ici quelque chose de nouveau, c'est la cause de l'obligation, c'est l'action. Dans le premier cas, en effet, il y avait lieu à l'action résultant de la vente; dans le second, il y a lieu à la *condictio*. — *Certaines modalités* peuvent être nouvelles : par exemple, on modifie l'ancienne obligation qui était à terme en la rendant pure et simple, et réciproquement. De même, on substitue une obligation pure et simple à une obligation conditionnelle. Mais que décider lorsque, l'obligation étant d'abord pure et simple, les parties ont voulu y substituer, *animo novandi*, une obligation conditionnelle? Nous avons vu que, pour qu'une novation s'opère, il faut nécessairement qu'une obligation nouvelle prenne naissance. Ce n'est que par cette constitution de l'obligation nouvelle que l'ancienne obligation se trouve éteinte. Or l'obligation conditionnelle n'a d'existence que si la condition s'accomplit. Donc, jusqu'à l'arrivée de la condition, il n'y aura pas novation, l'obligation primitive subsistera. Ce n'est que lorsque la condition se sera réalisée, et que la nouvelle obligation aura pris naissance, que la novation s'accomplira et entraînera l'extinction de l'obligation primitive (Instit., § 3, *eod.*).—Enfin le changement peut porter sur *un accessoire de l'obligation*. Justinien nous dit que l'adjonction ou la suppression d'un fidéjusseur entraîne nova-

(1) M. Gide, *De la novation en dr. rom.*, Rev de législ., 1871, p. 676 et suiv., a cependant, avec une certaine vigueur d'argumentation, défendu cette thèse que la novation, par changement d'objet, n'est qu'une invention de la jurisprudence moderne et n'a jamais existé en droit romain. — Voy. aussi M. Labbé, *De quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*. p. 38 et suiv — Comp Cod. civ., art. 1271-1°.

tion. *Première espèce*. Les parties se proposent de garantir l'obligation préexistante par l'adjonction d'un fidéjusseur (*si forte fidejussor adjiciatur*). Quelques interprètes ont prétendu que c'était-là une erreur de texte commise par les rédacteurs des Institutes qui auraient mis avec quelque irréflexion le mot *fidejussor* à la place de *sponsor*. L'intervention d'un *sponsor*, disent-ils, était considérée par Gaïus et son école comme entraînant novation. (Gaïus, C. III, § 178). La raison en était dans cette circonstance que, le *sponsor* ne pouvant intervenir qu'au moment où l'obligation principale était contractée, il fallait, si l'on voulait garantir son droit par une telle adjonction, faire un contrat nouveau. Justinien répète cette disposition à l'égard des fidéjusseurs; mais elle n'a plus de raison d'être, ces derniers pouvant intervenir après la formation de l'obligation principale (1). D'après une seconde interprétation, Gaïus aurait employé le mot *sponsor* dans le sens général d'*adpromissor* qui comprend le *fidejussor*. Les parties auraient donc deux moyens de fortifier une obligation préexistante par l'adjonction d'un fidéjusseur; tout dépendait seulement de leur volonté. En effet, les parties pouvaient, sans faire novation, ajouter un fidéjusseur après coup à l'obligation principale qui continuait à subsister, ou bien elles pouvaient, si elles voulaient opérer une novation, éteindre l'obligation primitive et la remplacer par une autre obligation identique en faisant intervenir un fidéjusseur. Par exemple, *Primus* devait à *Titius*, en vertu d'une obligation verbale, 100 sesterces. Les parties conviennent de nover cette obligation par l'adjonction d'un fidéjusseur, *Secundus*. Voici comment on procédera. *Titius*, qui est le créancier, stipulera de *Primus*, son débiteur, les 100 sesterces que ce dernier lui doit déjà, puis il

(1) *Sic*, MM. Ducaurroy, *Instit. de Justinien*, t. III, p. 228, note 1; Domenget, *Instit. de Gaïus*, p. 445. — M. Ortolan, t. III, p. 385, n° 1700, semble préférer cette explication; toutefois, il ne repousse pas la seconde interprétation, mais il la croit peu probable parce qu'elle offre peu d'utilité dans la pratique.

stipulera la même somme de *Secundus* qui se présente comme fidéjusseur. Il y aura alors novation par l'adjonction d'un fidéjusseur. Ce que Justinien dit du fidéjusseur, il le répète à propos de l'adjonction d'un gage. Ainsi on peut ajouter un gage sans faire novation; et pourtant Justinien dit très-formellement qu'il y a novation, *si pignus adjiciatur* (L. 8, C., *De novat.*, liv. VIII, tit. XLII) (1). — *Deuxième espèce.* Les parties se proposent de supprimer un fidéjusseur (*si forte fidejussor detrahatur*). Il y a novation, lorsque les parties éteignent la première obligation et la remplacent par une seconde identique uniquement pour libérer le fidéjusseur qui l'avait garantie (Instit., § 3, liv. III, tit. XXIX).

2° *Par changement de débiteur, sans changement de créancier.* — La novation peut avoir lieu entre le même créancier et un nouveau débiteur et de deux manières différentes : — Ou bien le nouveau débiteur s'engage spontanément, à l'insu du premier débiteur; il est possible même qu'il s'engage contre la volonté de l'ancien débiteur (2). Dans ces cas, il y a ce qu'on appelle une *expromissio*. L'ancien débiteur sera dégagé même contre son gré; il suffit en effet du concert des volontés du créancier et de l'*expromissor* pour opérer novation (L. 8, § 5, D., *De novat.*, liv. XLVI, tit. II). — Ou bien le nouveau débiteur sera présenté au créancier par l'ancien débiteur. C'est ce qui s'appelle une *délégation* (3). La délégation est donc l'offre faite au créancier d'un nouveau débiteur à la place de l'ancien. Elle suppose trois personnes, et le concert de trois volontés, savoir : celle du créancier ou délégataire, celle de l'ancien débiteur ou déléguant, celle du nouveau débiteur ou délégué (LL. 12, 13, D., *eod.*).

(1) *Sic*, MM. Demangeat, t. II, p. 433; Labbé et Gide, *à leurs cours.*
(2) Cod. civ., art. 1274.
(3) La délégation ne contient pas toujours une novation. Ce sont là deux actes juridiques différents qui ont chacun leur domaine à part. — Voy. M. Gide, *Observations sur le contrat litteris*, Rev. de législ., 1873, p. 144 et suiv.

3° *Par changement de créancier.* — La novation s'opère par la substitution d'un nouveau créancier à l'ancien. Par exemple, *Primus*, à qui vous devez 100 sesterces, vous propose cet arrangement : « Je vous déchargerai de l'obligation dont vous êtes tenu envers moi, si vous voulez vous obliger à payer ces 100 sesterces à *Secundus*. » Vous acceptez ; l'objet de la dette et le débiteur sont les mêmes, le créancier seul est changé ; la dette dont vous étiez tenu envers moi est éteinte et remplacée par celle que vous avez souscrite au profit de *Secundus*.

Que décider relativement au cas où le délégué s'est engagé envers le délégataire, parce qu'il se croyait être débiteur du déléguant, en vertu d'une cause dont il n'a reconnu que plus tard le peu de fondement ou même la fausseté? Le délégué pourra-t-il se prévaloir à l'égard du délégataire de l'erreur qu'il a commise? Il faut distinguer suivant que la délégation a été pour le délégataire un acte à titre onéreux, ou un acte à titre gratuit : — La délégation a été pour le délégataire un *acte à titre onéreux* : alors le délégataire *certat de damno vitando*, il ne cherche pas à réaliser un bénéfice, mais seulement à éviter une perte. Sous ce rapport, sa position est aussi digne d'intérêt que celle du délégué qui, lui aussi, *certat de damno vitando*. Mais, en outre, le délégataire en stipulant du délégué n'a commis aucune faute : il avait tout lieu de croire que le délégué était obligé envers le déléguant. Au contraire, le délégué qui a promis ce qu'il ne devait pas réellement, a manqué de prudence, il a agi légèrement. Il doit donc supporter les conséquences de sa faute. Il ne pourra pas opposer au délégataire d'exception (*nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit*), mais il aura un recours contre le déléguant par la *condictio sine causa* (L. 12, D., *De novat.*, liv. XLVI, tit. II). — La délégation a été pour le délégataire un acte *à titre gratuit* : par exemple, je délègue mon débiteur à une personne à qui je veux faire donation du montant de la dette. Dans ce cas, le délégué pourra, au moyen d'une exception, re-

pousser l'action du délégataire, comme il aurait pu repousser celle du déléguant (*exceptione doli mali se tueri poterit*); de plus, il aura une *condictio incerti* pour forcer le délégataire à lui faire remise de sa promesse (*præterea incerti condictione stipulatorem compellat ut sibi acceptam faciat stipulationem*) (L. 2, § 3, D., *De donat.*, liv. XXXIX, tit. v). En effet, le délégataire lutte, dans l'espèce, pour s'enrichir gratuitement, tandis que le délégué cherche à éviter une perte. Le délégataire est donc moins digne d'intérêt.

Des effets de la novation. — La novation produit les mêmes effets que le paiement; elle s'applique à toute espèce de dettes, quelles qu'elles soient, et les éteint toutes d'une manière radicale. Ainsi, d'une part, elle fait tomber avec l'obligation principale tous ses accessoires, priviléges, droits de gage et d'hypothèque, actions contre les fidéjusseurs. L'obligation nouvelle ne profite pas de ces accessoires. Cependant la novation est une extinction facultative, dont le créancier peut limiter les effets. Le créancier, en opérant novation, peut convenir que les priviléges et hypothèques attachés à l'ancienne dette passeront à la nouvelle. Cette disposition se retrouve dans notre législation (1). La novation fait en outre cesser les intérêts (LL. 18, 27, D., *De usur.*, liv. XXII, tit. I), les effets de la demeure et de la *stipulatio pœnæ* (L. 8, *pr.*, D., *eod.*; L. 17, D., *De cond. furt.*, liv. XIII, tit. I).—D'autre part, le débiteur perd également les exceptions qu'il aurait pu opposer à l'ancienne dette (2) (LL. 2, 19, D., *De novat.*, liv. XLVI, tit. II).

III. DE L'ACCEPTILATION.

Définition.—L'acceptilation est un paiement fictif (*imaginaria solutio*).

(1) Cod. civ., art. 1278. « Les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés. » — V. aussi l'art. 1281.

(2) Nous avons mis en relief, *infrà*, liv. IV, tit. VI, p. 564, note 3, les différences entre les effets de la novation et ceux de la litiscontestation.

Analogies entre l'acceptilation et le paiement.

1° L'acceptilation produit le même effet qu'un paiement, celui d'éteindre l'obligation *ipso jure;* — 2° s'il y a plusieurs débiteurs *correales*, l'acceptilation faite à l'un d'eux entraîne l'extinction de la dette à l'égard de tous les autres; il en est de même du paiement fait par l'un des débiteurs corréaux. A l'inverse s'il y a plusieurs créanciers corréaux, l'acceptilation faite par l'un d'eux libère le débiteur vis-à-vis de tous les autres. La même libération résulte du paiement reçu par l'un des créanciers corréaux; — 3° l'acceptilation, comme le paiement, ne peut se faire à terme ou sous condition.

Différences entre l'acceptilation et le paiement.

1° L'acceptilation n'est qu'un paiement *fictif* (*imaginaria*). En effet, le créancier qui, par l'acceptilation, fait remise de l'obligation au débiteur, abdique son droit sans recevoir ce qui lui est dû, indépendamment de toute satisfaction. Au contraire, le paiement implique une satisfaction de la part du créancier; — 2° l'acceptilation ne peut pas être faite par une femme en tutelle, sans l'autorisation de son tuteur (*sine tutore auctore*), bien que, du reste, elle puisse recevoir un paiement (*solvi ei potest*) sans cette autorisation (Gaïus, C. III, § 171); — 3° du temps de Gaïus, il y avait doute sur le point de savoir si l'acceptilation pouvait être valablement faite pour une partie seulement de la dette (*an in partem acceptum fieri possit quæsitum est*. Gaïus, C. III, § 172). Cependant à la même époque, la validité d'un paiement partiel avec le consentement du créancier ne faisait l'objet d'aucun doute. Sous Justinien, cette différence entre l'acceptilation et le paiement est effacée. Les Institutes nous disent, en effet, que de même qu'on peut payer, de même on peut faire acceptilation pour une partie seulement de la dette (*sicut autem quod debetur, pro parte recte solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest*) (Instit., § 1 *in fine*, liv. III, tit. XXIX).

Parallèle entre l'acceptilation et la stipulation.

L'acceptilation correspond exactement à la stipulation, soit dans son application, soit dans sa forme, soit dans son objet, soit dans ses effets.

1° *Dans son application.* — En effet, l'acceptilation s'applique exclusivement aux obligations *verbis*, c'est-à-dire aux obligations formées par la stipulation. Elle ne consiste qu'en une simple formule. Or la formule n'a de puissance pour détruire que ce qui a été créé par une autre formule; elle ne saurait mettre à néant une obligation contractée *re* (Instit., § 1, liv. III, tit. XXIX).

2° *Dans sa forme.* — La forme de l'acceptilation est exactement correspondante à celle de la stipulation. Comment se fait la stipulation? par une demande et par une réponse. Il en est de même de l'acceptilation, sauf cette seule différence que, dans l'acceptilation, c'est le débiteur qui interroge et le créancier qui répond. Voici la formule de l'acceptilation. Le débiteur dit : « *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum?* » (Ce que je t'ai promis, le tiens-tu pour reçu?) Le créancier répond : « *Acceptum habeo.* » (Je le tiens pour reçu.) Justinien ajoute que l'acceptilation peut aussi se faire en grec, pourvu qu'on emploie des expressions présentant le même sens. Ainsi le débiteur dit : Εχεις λαβων δηναρια τοσα; le créancier répond : Εχω λαβων. (Instit., § 1, *eod.*)

3° *Dans son objet.* — L'acceptilation correspond *in specie* à la stipulation qu'elle a pour but d'éteindre. Ainsi l'acceptilation doit avoir le même objet, intervenir entre les mêmes parties entre lesquelles est intervenue la stipulation.

4° *Dans ses effets.* — L'effet de la stipulation est de se passer de cause naturelle : elle se suffit à elle-même. Seulement si, croyant par erreur vous devoir 100 écus à un autre titre, je vous les promets sur votre stipulation, j'aurai contre vous une *condictio* pour vous forcer à me libérer de mon obligation. De même de l'acceptilation qui se

passe de cause; seulement, si je vous fais acceptilation par erreur, je pourrai, en prouvant mon erreur, agir contre vous par la *condictio sine causa*.

De la stipulation Aquilienne. — L'acceptilation s'applique exclusivement aux obligations verbales. Comment donc devra s'y prendre le créancier qui veut faire remise au débiteur d'une obligation qui ne s'est point formée *verbis*, par exemple d'un *mutuum*, de manière à libérer le débiteur *ipso jure?* Voici le moyen introduit par *Aquilius Gallus*, le collègue et l'ami de Cicéron. On commence par transformer l'obligation qu'il s'agit de dissoudre en une obligation verbale au moyen d'une novation (*Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes*). Le créancier dit : « *Quidquid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet, oportebit, præsens in diemve; id mihi dare facere spondesne* » (Tout ce que, par une cause quelconque, tu dois ou tu devras donner ou faire pour moi, actuellement ou à terme, me promets-tu de me le donner ou de me le faire ?) Le débiteur répond : « *Spondeo* » (Je le promets.) Après avoir ainsi transformé l'obligation primitive en une obligation verbale, les parties n'ont plus qu'à appliquer l'acceptilation à cette dernière obligation pour l'éteindre *ipso jure*. Le débiteur interroge à son tour : « *Quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spopondi, id omne habesne acceptum* » (Tout ce que je t'ai promis aujourd'hui par stipulation Aquilienne, le tiens-tu pour reçu) ? Le créancier répond : « *Habeo acceptumque tuli* » (Je le tiens et je l'ai porté pour reçu) (1) (Instit., § 2, *eod.*).

Quid, du cas où, sans novation préalable, une acceptilation était appliquée directement à une obligation non verbale ? Elle n'opérait pas libération *ipso jure*, mais elle pouvait valoir comme pacte et procurer au débiteur une exception (L. 27, § 9, D., *De pact.*, liv. II, tit. XIV).

(1) M. Gide, *De la novation en dr. rom.*, Rev. de législ., 1871, p. 698 et suiv., a très-clairement démontré à quels besoins pratiques venait répondre la stipulation aquilienne, et quels progrès elle réalisait.

IV. DU MUTUEL DISSENTIMENT.

Le mutuel dissentiment est l'accord des parties à résoudre l'obligation qu'elles ont contractée. Le mutuel dissentiment ne peut dissoudre que les obligations consensuelles. Il est naturel, en effet, que les obligations auxquelles donne naissance le consentement des parties s'éteignent aussi par le consentement contraire. Ce que les parties ont voulu, elles peuvent ne plus le vouloir. C'est l'application de la règle : *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est : ideo verborum obligatio verbis tollitur ; nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur* (L. 35, D., *De reg. jur.*, liv. L, tit. XVII). Par exemple, *Titius* a vendu à *Séius* le fonds *Tusculanum* pour 100 écus d'or. Puis, avant tout fait d'exécution, c'est-à-dire avant qu'il y ait eu ni payement de prix ni livraison du fonds, les deux parties conviennent d'anéantir cette vente. Cet accord de volontés suffit pour éteindre les obligations respectives du vendeur et de l'acheteur. De même dans le louage, et dans tous les contrats formés par le seul consentement (Instit., § 4, liv. III, tit. XXIX). — Que décider au cas où les choses ne sont plus entières ? Lorsque le contrat a déjà reçu un commencement d'exécution de la part de l'une ou de l'autre des parties, il y a autre chose à détruire que le consentement donné ; il y a un fait qui s'est réalisé et que le consentement contraire est impuissant à anéantir. On ne peut, en effet, empêcher ce qui a eu lieu d'avoir existé. Par exemple, si la chose vendue a été livrée par le vendeur à l'acheteur, les parties ne peuvent pas détruire le fait de la tradition par l'effet seul de leur volonté. Il faut, en outre, s'il est convenu que la chose sera rendue au vendeur, que l'acheteur fasse une tradition. Il y aura donc un nouveau contrat, une revente (L. 58, D., *De pact.*, liv. II, tit. XIV).

Observations. — La simple convention qui suffit pour faire naître une obligation naturelle suffit également pour l'éteindre. Cette règle produit souvent un résultat remarquable : c'est que la simple convention pourra, dans certains cas, détruire une obligation civile. Il faut supposer une obligation naturelle *principale* et une obligation civile *accessoire :* par exemple, des fidéjusseurs sont intervenus pour garantir une obligation naturelle. L'obligation des fidéjusseurs est une obligation accessoire et civile. Un simple pacte intervenu entre le créancier et le débiteur principal, à l'effet d'éteindre l'obligation de ce dernier, entraînera l'extinction *ipso jure* de la dette civile des fidéjusseurs. La fidéjussion, en effet, ne peut exister sans obligation principale (L. 95, D., *De solution.*, liv. XLVI, tit. III). Il y a même quelques obligations civiles qui s'éteignent directement et *ipso jure* par le simple pacte : telles sont l'action d'injures et l'action de vol (*quædam actiones per pactum ipso jure toilluntur : ut injuriarum, item furti*) (L. 17, § 1, D., *De pactis*, liv. II, tit. XIV).

V. DE LA PERTE DE LA CHOSE DUE.

Lorsque l'obligation a pour objet une chose déterminée dans son individualité (*in specie*), le débiteur est libéré si cette chose a péri par cas fortuit, c'est-à-dire sans faute imputable à ce débiteur, et avant sa mise en demeure (1). La même libération se produit pour le cas où la chose due est mise hors du commerce (LL. 23, 82, D., *De verbor. obligat.*, liv. XLV, tit. I). Cependant, comme le remarque

(1) Les législateurs modernes ont consacré cette solution. Voy. Cod. civ., art. 1245 et 1302. Ce dernier article porte, § 1er, que lorsque le corps certain et déterminé, qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure.

fort judicieusement M. Ortolan (t. III, nº 1713, p. 392), il y a plutôt ici un obstacle matériel provenant de la chose, à l'exécution de l'obligation, qu'une véritable extinction de l'obligation. D'où les conséquences suivantes : — 1º le débiteur n'est entièrement libéré que par la perte totale de la chose due; s'il lui reste quelques droits ou actions, il doit les céder au créancier (1); — 2º si cette chose, que l'on considérait comme détruite était rétablie, l'obligation du débiteur restait toujours en vigueur. De même si la chose était remise dans le commerce, l'ancienne obligation, plutôt paralysée qu'éteinte, renaissait avec toute sa force. (L. 79, § 2, D., *De legat.*, liv. XXXII, tit. III; L. 98, § 8, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III) (2).

VI. DE LA CONFUSION.

La confusion est la réunion, sur la même tête, des qualités de créancier et de débiteur de la même chose; ces deux qualités de créancier et de débiteur, étant incompatibles dans la même personne (on ne saurait être, en effet, débiteur ou créancier de soi-même), se détruisent réciproquement; la dette et la créance sont éteintes. La confusion n'est pas une véritable cause d'extinction; c'est plutôt un obstacle matériel, une impossibilité de fait à l'exécution de l'obligation. Aussi les effets de la confusion se limitent à cette impossibilité même (3). Ainsi, par

(1) Comp. Cod. civ., art. 1303. Lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier.

(2) Nous ne pouvons mieux faire au surplus que de renvoyer nos lecteurs, pour les développements de ce sujet, à l'excellente étude de notre savant maître M. Labbé, *Sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due.*

(3) Voy., à cet égard, M. Labbé, *De la confusion considérée comme cause d'extinction des obligations*, n. 432 et suiv. — Comp. Cod. civ., art. 1300.

exemple, le débiteur est institué héritier par son créancier, sous la charge de legs assez nombreux pour qu'il y ait lieu d'appliquer la Falcidie. Au moment de l'adition d'hérédité la confusion de la dette s'est accomplie; néanmoins, dans le calcul de la Falcidie, l'obligation dont l'héritier était tenu sera considérée comme existant encore. Il en résulte une double conséquence : 1° l'actif de l'hérédité sera augmenté du montant de la dette de l'héritier; la créance du défunt contre l'héritier y figurera comme ses créances contre les tiers; 2° ce que l'héritier devait au défunt et doit à l'hérédité sera imputé à l'héritier sur sa quarte (L. 1, § 18, D., *Ad leg. Falc.*, liv. XXXV, tit. II). La même règle s'appliquerait et conduirait à un résultat inverse, si l'héritier était créancier de son auteur (L. 87, § 2, D., *eod.*) (1). — De même, si la confusion a lieu dans la personne d'un fidéjusseur qui succède au créancier, le fidéjusseur est affranchi de l'obligation, car il ne peut pas en exiger de lui-même l'exécution; mais rien ne s'oppose à l'exécution de la dette par le débiteur principal; elle continue donc d'exister quant à ce dernier. (L. 71, *pr. in fine*, D., *De fidejuss. et mandator.*, liv. XLVI, tit. I.) — De même encore, la confusion du créancier et de l'un de plusieurs débiteurs solidaires n'éteint la dette corréale que pour autant que le débiteur ait été exposé au recours de ses codébiteurs (L. 71, *pr.*, D., *eod.*) (2).

La confusion, comme le paiement et l'acceptilation auxquels elle est assimilée, a pour effet d'éteindre la dette *ipso jure* dans la proportion dans laquelle elle a lieu (L.

(1) Voy. MM. Labbé, *op. cit.*, n. 168 et suiv.; Pellat, *Text. chois. des Pand.*, p. 296.

(2) Comp. Cod. civ., art. 1301. La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal, profite à ses cautions; — celle qui s'opère dans la personne de la caution, n'entraîne point l'extinction de l'obligation principale; — celle qui s'opère dans la personne du créancier, ne profite à ses codébiteurs solidaires que pour la portion dont il était débiteur.

75, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III; L. 41, § 2, D., *De evict.*, liv. XXI, tit. II) (1).

VII. DE LA COMPENSATION.

Nous examinerons plus tard, liv. IV, tit. VI, p. 614, avec un certain développement, cette cause d'extinction des obligations.

(1) *Sic*, sur cette question controversée, MM. Labbé, *op. cit.*, n. 160; Maynz, t. II, § 381, p. 552, texte et note 4; Van Wetter, t. I, § 202, p. 723, B.

LIVRE QUATRIÈME

TITRE I

Des obligations qui naissent d'un délit.

Définition du délit. — On appelle délit chez les Romains un fait illicite, préjudiciable à autrui, qui a été prévu et qui est réprimé par une loi (1). Ainsi l'intention de nuire ne constitue pas un élément essentiel du délit (2).

Division des délits.

Les délits se divisent en *publics* et *privés*. Les premiers sont ceux dont la poursuite appartient à tous, et qui sont jugés sous la présidence du préteur; les seconds sont ceux qui ne peuvent être poursuivis que par la personne lésée et devant un juge ordinaire.

DES DÉLITS PRIVÉS

Les délits privés donnent lieu à deux espèces d'actions, savoir :—1° une action *privée* pour la réparation du préjudice causé; — 2° une action *pénale* consistant dans une condamnation pécuniaire infligée à titre de châtiment au profit de la personne lésée.

Les obligations qui naissent des délits naissent toutes *ex re*, c'est-à-dire du fait même constitutif du délit (*ex ipso maleficio*) (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. 1).

(1) Les personnes juridiques ou civiles (*universitas*) sont-elles capables de commettre un délit ? La question est controversée.—Voy., pour l'affirmative, Thibaut, *System*, t. I, § 221; Muhlenbruch, *Lehrb.*, t. I, § 197, 6e; Sintenis, *Civilrecht*, t. I, § 15, note 53, γ; — et pour la négative, MM. de Savigny, *System*, t. II, p 340 et suiv.; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 55; Maynz, t. I, § 109, note 5; Van Wetter, t. I, § 39, p. 216.

(2) Comp. Cod civ., art. 1382

Des principaux délits privés. — Les Institutes (*pr.*, *eod.*) en citent quatre : — le vol (*furtum*) ; — l'enlèvement des biens par violence ou rapine (*rapina*) ; — le dommage causé injustement (*damnum*) ;—les injures (*injuria*).

DU VOL.

Définition et étymologie. —Le vol est l'action de s'emparer frauduleusement d'une chose, ou simplement de l'usage ou de la possession de cette chose, avec l'intention d'en tirer profit (*furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus possessionisve*) (Instit., § 1, *eod.*) (1).

Le mot *furtum* vient ou de *furvum*, synonyme de *nigrum* (noir), parce qu'il se commet clandestinement, dans l'obscurité et même le plus souvent la nuit; ou bien encore de *fraus* (fraude); ou de *ferre*, dans le sens de *auferre* (enlever); ou du mot grec φωρας (voleur), mot qui vient lui-même de φερειν (emporter) (Instit., § 2, *eod.*).

Conditions exigées pour qu'il y ait vol.

Le délit de vol exige trois conditions essentielles, savoir : — 1° une *contrectatio rei;* — 2° une *contrectatio fraudulosa ;* —3° une *contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratia.*

1° Une *contrectatio rei.* — Le mot *contrectatio* comprend toute soustraction, tout attouchement de la chose, et même tout détournement de la destination qui était donnée à la chose.—Ainsi il y a vol toutes les fois que l'on s'approprie indûment la chose d'autrui *cum animo domini*, soit la chose entière, soit l'usage seul de cette chose. Le commodataire, qui fait de la chose un autre usage que celui qui était convenu, commet un vol. Il en est de même du créancier gagiste ou du dépositaire qui se sert de la chose qui lui a été remise; du nu propriétaire qui s'empare de

(1) Comp. Code pénal, art. 379.

la chose dont un autre a l'usufruit (Instit., § 6, *eod.*). Lorsque le vol est de la chose entière, on dit qu'il y a *furtum ipsius rei;* lorsqu'il est de l'usage seul, on dit qu'il y a *furtum usus.*—On peut même commettre un vol sur sa propre chose. Dans ce cas, le vol porte sur la possession de la chose : il y a *furtum possessionis.* Par exemple, un débiteur a remis en gage une chose à son créancier; le créancier possède la chose, et a des interdits possessoires qu'il peut opposer même au débiteur. Si le débiteur dérobe la chose au créancier, le *furtum* porte sur la possession (Instit., § 10, *eod.*). — Il peut également y avoir *furtum* même relativement à une chose hors du commerce. Tel est, par exemple, le vol d'un enfant *qui in potestate est* (Instit., § 9, *eod.*). Gaïus (C. III, § 199) citait encore les cas où l'on aurait enlevé au chef de famille sa femme *in manu* ou l'individu libre *in mancipio.*

Il faut qu'il y ait *contrectatio rei*, soustraction, détournement de la chose; d'où l'on a conclu que le vol ne peut se commettre que relativement à une chose mobilière. Les immeubles n'étant pas susceptibles de soustraction, de détournement, ne peuvent faire l'objet d'un vol (L. 38, D., *De usurpat.*, liv. LXI, tit. III).

2° Une *contrectatio rei fraudulosa.* — La soustraction doit être nécessairement frauduleuse, c'est-à-dire accomplie dans une intention mauvaise (*dolo malo*). Ainsi toute erreur raisonnable, même une erreur de droit, empêcherait le *furtum* d'exister. Par exemple, un usufruitier d'une femme esclave croit par ignorance du droit que le part est un fruit; il s'approprie en conséquence l'enfant qui naît de cette esclave avec la conviction que cet enfant lui appartient. Il ne commet pas de *furtum* (Instit., § 5, liv. II, tit. VI). — De même encore, le commodataire qui emploie la chose à un usage autre que celui pour lequel il l'a reçue, ne commet de vol qu'autant qu'il le fait sachant bien que c'est contre le gré du propriétaire, et que celui-ci, s'il en était instruit, ne le permettrait pas. Mais s'il

s'est cru certain de la permission, il n'y a pas de délit (Instit., § 7, liv. IV, tit. I).

De plus la *contrectatio*, pour être constitutive d'un *furtum*, doit avoir lieu *invito domino*. Si, en effet, le propriétaire consent à la soustraction, au détournement de la destination de la chose, il n'y a plus de vol : par exemple, le commodataire qui croit faire de la chose prêtée un usage contraire à la volonté du commodant ne commet pas de vol, si en réalité cet usage a lieu selon la volonté de ce dernier (Instit., § 8, *eod.*).

Les Institutes nous citent un exemple assez embarrassant : *Titius* sollicite l'esclave de *Mævius* de dérober à son maître divers objets et de les lui apporter. L'esclave ne se laisse pas corrompre et découvre à son maître la tentative de corruption et de vol. Le maître, afin de surprendre *Titius* en flagrant délit, et d'avoir les actions qui naissent du vol, dit à l'esclave de se prêter en apparence au vol, et lui permet de porter à *Titius* quelques objets. Y aura-t-il délit de vol, ou de corruption d'esclave, ou bien ni l'un ni l'autre? La plupart des jurisconsultes, entre autres Gaïus (C. III, § 198), décidaient que le maître n'avait ni l'action de vol, ni l'action en corruption d'esclave. Il n'y avait pas vol, parce que le maître avait consenti à l'enlèvement de la chose. Il n'y avait pas corruption d'esclave, car l'esclave était resté fidèle à son maître. — Justinien, trouvant ce résultat scandaleux, a décidé que le maître aurait les deux actions, tant celle de vol que celle de corruption d'esclave. (Instit., § 8, *eod.*).

Puisque le vol résulte de l'intention (*ex affectu consistit*), l'impubère ne peut être considéré comme coupable de vol que lorsqu'il est *doli capax*, c'est-à-dire en état de comprendre la portée du délit qu'il commet (*intelligit se delinquere*). Or l'impubère est présumé tel, quand il est *pubertati proximus* (Instit., § 18, *eod.*).

3° Une *contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia*. — L'intention du voleur n'est pas de causer simplement

un dommage à autrui ; son but est de tirer un profit de la chose détournée. Celui-là donc qui, après avoir enlevé la chose d'autrui, la détruit immédiatement, sans avoir même essayé d'en tirer un profit quelconque, n'est pas un voleur, et, par conséquent, n'est pas tenu de l'action *furti* (L. 54, § 1, D., *De furt.*, liv. XLVII, tit. II).

Diverses espèces de vol.

Dans l'ancien droit, on distinguait six espèces de vol, savoir : — le vol *manifeste*, — le vol *non manifeste*, — le vol *conceptum*, — le vol *oblatum*, — le vol *prohibitum*, — et le vol *non exhibitum*. A vrai dire, le vol manifeste et le vol non manifeste constituaient seuls des espèces particulières de vol, les autres n'en étaient que des diversités qui tenaient aux circonstances accidentelles survenues lors du délit.

Vol *manifeste*. — Il y avait vol *manifeste* toutes les fois que le voleur était saisi, encore nanti de l'objet volé, avant qu'il eût eu le temps de le porter dans l'endroit où il avait l'intention de le cacher. C'est à cette opinion du moins qu'après bien des controverses, on s'est définitivement arrêté (Instit., § 3, *eod.*).

Vol *non manifeste*. — Tout vol qui n'était pas un vol manifeste était par cela même *non manifeste* (*quod manifestum non est, et scilicet nec manifestum est*) (Instit., § 3, *eod.*).

Vol *conceptum*.— Il y avait *furtum conceptum* lorsqu'une chose volée était trouvée dans la maison d'un recéleur; bien que ce recéleur ne fût pas le voleur, il était exposé à une action particulière appelée *furti concepti* (Instit., § 4, *eod.*).

Vol *oblatum*. — Il y avait *furtum oblatum* lorsqu'une personne avait remis une chose volée à une autre personne chez qui la chose a été plus tard recherchée et saisie. Cette remise avait été faite par le premier détenteur avec cette intention que la chose fût, au cas où elle viendrait à être découverte, trouvée chez un autre plutôt que chez

lui. On donnait alors à celui chez qui la chose a été saisie contre celui qui la lui avait remise, bien qu'il ne fût pas le voleur, une action particulière appelée *furti oblati* (Instit., *ibid.*).

Vol *prohibitum.* — Il y avait *furtum prohibitum*, lorsqu'une personne refusait de laisser faire chez elle, en présence de témoins, la perquisition d'une chose volée. Ce refus donnait lieu à l'action *furti prohibiti* (Instit., *ibid.*).

Vol *non exhibitum.* — Il y avait *furtum non exhibitum*, lorsqu'après une réquisition demeurée sans effet, l'objet volé était cependant trouvé chez le détenteur récalcitrant. Le préteur donnait alors une action appelée *furti non exhibiti* (Instit., *ibid.*).

Dans le droit de Justinien le vol *conceptum*, le vol *oblatum*, le vol *prohibitum*, et le vol non *exhibitum* sont tombés en désuétude. Il ne reste plus que le vol *manifeste*, et le vol *non manifeste* ainsi que les actions particulières qui y étaient attachées. — C'est d'ailleurs dans cette dernière classe de vol que viennent s'absorber le *furtum conceptum* et le *furtum oblatum* de l'ancien droit (Instit., § 4 *in fine*).

Des actions qui naissent du vol.

Le vol donne lieu à deux sortes d'actions : — à des actions civiles tendant à faire obtenir à la personne volée la restitution de sa chose ou bien une indemnité pour le préjudice qu'elle aura éprouvé; — à une action pénale tendant à la répression du délit.

Actions civiles. — Les actions civiles *rei persequendæ causa* sont : l'action en revendication et la *condictio furtiva*.

1° L'*action en revendication* se donne au propriétaire pour réclamer la chose volée; elle s'exerce contre tout détenteur, le voleur ou tout autre possesseur même de bonne foi (Instit., § 19, *eod.*).

2° La *condictio furtiva*, action personnelle de droit strict, ne se donne pas, en général, à celui qui est propriétaire;

car cette action personnelle a pour but d'obliger le défendeur à transférer (*dare*) au demandeur la propriété d'une chose, sinon à lui en payer l'estimation. Or, si le demandeur n'a pas perdu la propriété de la chose volée, comment peut-il prétendre que le voleur soit obligé de la lui transférer. Aussi la *condictio furtiva* constitue-t-elle une exception qui n'a été admise qu'en haine des voleurs (*odio furum*). Cette action ne peut être intentée que contre le voleur ou contre ses héritiers; elle ne peut être donnée contre le complice du voleur; elle est spécialement utile pour le cas où la perte de la chose par cas fortuit en rendrait la revendication impossible.

L'action en revendication et la condiction furtive, tendant au même but, puisqu'elles sont toutes deux persécutoires de la chose, ne se cumulent pas entre elles (Instit., *ibid.*).

Action pénale. — L'action pénale a pour but d'infliger au voleur une peine pécuniaire, une amende au profit de la personne à qui le vol cause préjudice. Cette action, ayant un but différent de celui qu'atteignent les actions en revendication et la *condictio furtiva*, se cumule avec elles. C'est l'action *furti*.

DE L'ACTION FURTI

Quel est le montant de la condamnation prononcée par l'action furti?

L'action *furti* se donne tantôt pour le *quadruple*, tantôt pour le *double*. Elle est du quadruple dans le cas de vol manifeste; et du double dans le cas de vol *non* manifeste (Instit., § 5, *eod.*).

Quelle est l'unité qui doit être quadruplée ou doublée? — C'est une somme qui répond à la valeur de la chose volée. Il s'agit ici de la valeur réelle de la chose, et non pas de sa valeur d'affection (L. 50, *pr.*, D., *De furt.*, liv. XLVII,

tit. II). Ainsi *Titius* vous a volé un bijou dont la valeur réelle équivaut à 100; mais ce bijou vous était resté comme un souvenir de votre mère, ce qui lui donnait à vos yeux une valeur inappréciable. La somme prise pour unité ne dépassera pas la valeur réelle, dans l'espèce 100. — Mais, pour établir cette unité, il faut faire entrer en ligne de compte toutes les conséquences dommageables que la personne volée éprouve par la perte de sa chose; par exemple, un esclave institué héritier est volé au moment où son maître se disposait à lui donner l'ordre de faire adition d'hérédité. Le vol de l'esclave empêche l'adition d'avoir lieu. Peu de temps après l'esclave meurt. Le maître se trouve donc, par l'effet du vol, privé de l'esclave et de l'hérédité. L'unité que l'on devra multiplier par 2 ou par 4 se composera donc, dans notre espèce, de la valeur de l'esclave, et de la valeur de l'hérédité (L. 52, § 28, D., *eod.*).

Quid, lorsque la chose volée a eu à différentes époques différentes valeurs? On prendra pour unité la plus haute valeur atteinte depuis le jour du vol jusqu'au jour où est intentée l'action *furti* (L. 50, *pr.*, D., *eod.*).

A qui est donnée l'action furti?

En principe, cette action est donnée à toute personne intéressée à ce que le vol ne fût pas commis, lors même que cette personne n'est pas propriétaire de la chose volée (*ei competit cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit*); et elle est refusée au propriétaire, lorsque le préjudice qui résulte du vol ne retombe pas à sa charge (Gaïus, C. III, § 203; Instit., § 13, *eod.*).

Les Institutes développent par quelques exemples les conséquences de ce principe.

Supposons que la chose volée était affectée d'un droit de gage, l'action *furti* appartient au créancier gagiste, lors même que le débiteur est solvable (*etiamsi idoneum debitorem habeat*), parce qu'il est bien plus avantageux au créancier d'avoir une chose avec laquelle il peut se payer,

que d'être dans la nécessité d'exercer une action personnelle contre son débiteur (Instit., § 14, *eod.*).

De même, l'action *furti* appartient au possesseur de bonne foi, parce qu'il a intérêt à conserver la chose afin de l'usucaper (Instit., § 15, *eod.*).

Pareillement, s'il a été volé un vêtement confié à un foulon pour le dégraisser, ou à un tailleur pour le réparer, moyennant un salaire déterminé, l'action *furti* appartient au foulon ou au tailleur, et non au propriétaire. Ce dernier, en effet, n'a pas d'intérêt à la conservation de la chose, puisqu'il peut par l'action *locati* obtenir une indemnité du foulon ou du tailleur. Toutefois le foulon et le tailleur n'ont l'action de vol qu'autant qu'ils sont solvables (*quam si solvendo sint*), c'est-à-dire en état de payer au propriétaire l'estimation de la chose volée. Car, s'ils n'étaient pas solvables, le propriétaire, ne pouvant obtenir d'eux la valeur de sa chose, aurait un intérêt personnel à la conserver. C'est lui, par conséquent, qui pourrait exercer l'action *furti* (*ipsi domino furti competit actio*) (Gaïus, C. III, § 205; Instit., § 15, *eod.*).

Quid, lorsqu'une chose prêtée en commodat à une personne lui a été volée? — *Dans l'ancien droit* on faisait la même distinction qu'au paragraphe précédent. Si le commodataire était *solvable*, l'action *furti* était accordée au commodataire et refusée au commodant. Si le commodataire était *insolvable*, la solution n'était plus la même; l'action *furti* était accordée au commodant et refusée au commodataire. — *Justinien* a introduit quelques modifications en cette matière. Il a décidé que le commodant aurait le choix entre l'action en responsabilité du commodataire (*commodati directa actio*) ou l'action *furti* contre le voleur; seulement, le choix une fois fait, il ne peut plus revenir sur sa détermination, ce qui suppose qu'il a connu le vol avant de choisir son action. Bien que l'action *furti* donne, suivant les cas, le double ou le quadruple de la chose volée, le commodant a cependant plus d'intérêt à agir par

l'action *commodati directa*, lorsque le voleur est insolvable (Instit., § 16, *eod.*).

Quid, lorsqu'une chose vendue, mais non encore livrée, vient à être soustraite frauduleusement au vendeur qui n'a ni dol ni faute à se reprocher? A partir de la vente, les risques sont à la charge de l'acheteur. Par conséquent, le vendeur ne souffrira point du vol, puisqu'il pourra, malgré la perte de la chose, exiger de l'acheteur le paiement du prix. C'est donc l'acheteur qui devrait avoir l'action *furti* (L. 38, § 1, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III). Mais cette opinion paraît avoir été abandonnée. Ce sera le vendeur qui aura l'action *furti* et qui, au moment du paiement du prix par l'acheteur, devra céder à ce dernier son action *furti* (L. 49, *pr.*, D., *De furt.*, liv. XLVII, tit. II).

L'action *furti* est refusée au dépositaire, parce que, n'étant tenu que de son dol et de sa faute lourde, il n'est pas responsable si la chose est volée. Il en serait autrement, s'il avait été convenu, lors de la formation du contrat de dépôt, que le dépositaire serait responsable même de sa faute légère (Instit., § 17, *eod.*).

Contre qui est donnée l'action furti?

L'action *furti* est donnée contre le voleur et contre les complices du voleur.

Sont complices du vol ceux qui ont aidé l'auteur principal dans la perpétration du délit (*ope*), et qui l'ont aidé *à dessein* (*consilio*). Si l'une de ces deux conditions manque, il n'y a pas complicité (L. 36, *pr.* et § 2, D., *eod.*). —Ainsi celui qui a prêté assistance de fait, mais sans dessein de coopérer à un vol, n'est pas considéré comme complice, et, par conséquent, n'est pas tenu de l'action *furti*. Il en serait de même de celui qui, après avoir conseillé le vol, n'aurait pas prêté assistance à l'auteur principal du délit(*qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.* Instit., § 11, *eod.*). — Mais

celui qui fait tomber votre argent de vos mains pour qu'un autre s'en empare, ou qui s'est placé devant vous pour qu'un autre dérobe votre chose sans que vous le voyiez, ou qui a effarouché vos brebis et vos bœufs pour donner à un autre l'occasion de s'en emparer, est certainement complice de l'auteur principal, et tenu do l'action *furti*. Voici encore d'autres cas de complicité. Quelqu'un applique une échelle à une fenêtre, brise une porte ou une fenêtre, afin de faciliter à un voleur l'introduction dans la maison; ou bien il prête, en connaissance de cause, des instruments à l'aide desquels le vol est commis, etc. (Instit., § 11, *eod.*).

Est aussi considéré comme complice et tenu de l'action *furti*, celui qui sciemment a caché l'objet volé (Instit., § 4 *in fine*).

Du vol commis par un esclave, par un fils de famille et par l'un des époux.—Il est possible qu'il y ait vol sans qu'il y ait lieu à l'action *furti*; par exemple, un fils de famille ou un esclave dérobe un objet au père de famille ou au maître, il y a un vol réel; de là deux conséquences, savoir : 1° la chose sera furtive, et comme telle non susceptible d'usucapion; 2° si le fils de famille ou l'esclave a un complice, ce complice sera tenu de l'action *furti*. Mais le fils lui-même ou l'esclave n'en est pas tenu, parce qu'il n'y a point d'action possible entre personnes qui sont *in eadem familia*. Il n'en serait pas de même si le fils de famille n'était plus sous la puissance de son père (Instit., § 12, *eod.*). — De même les époux ne sont point soumis l'un vis-à-vis de l'autre à l'action *furti* pour les soustractions frauduleuses commises pendant le mariage. C'est une *condictio* dite *actio rerum amotarum* qui est accordée à la victime de la soustraction frauduleuse contre son conjoint coupable (D., *De act. rer. amot.*, liv. XXV tit II) (1).

(1) Comp. Code pénal, art. 380.

TITRE II

Des biens enlevés par violence

Définition. — Le délit *bonorum vi raptorum* est une variété du vol dans laquelle se trouve la circonstance aggravante de la violence. Quand il y a *bona vi rapta*, il y a donc, à plus forte raison, vol (*furtum*). Aussi appelle-t-on celui qui ravit une chose de force, *improbus fur* (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. II).

De l'action bonorum vi raptorum.—Bien que l'*improbus fur* fût tenu de l'action de vol, le préteur a cru nécessaire d'introduire pour ce cas une action particulière, l'action *bonorum vi raptorum*, que la personne volée pouvait exercer au lieu de l'action *furti*.

Quand y a-t-il lieu à l'action bonorum vi raptorum? — L'action *bonorum vi raptorum* n'est accordée qu'à deux conditions : 1° qu'il y ait eu enlèvement avec violence (*hominibus coactis, bona rapta*) ; 2° que cet enlèvement ait été fait à mauvaise intention (*dolo malo*).

Analogies entre l'action bonorum vi raptorum et l'action furti. — 1° L'action *bonorum vi raptorum*, comme celle de vol, implique le dol de l'agent (Instit., § 1, *eod.*). — 2° De même que l'action *furti*, l'action *bonorum vi raptorum* n'a lieu que pour les choses mobilières, et non contre l'envahissement par violence de fonds de terre ou d'autres immeubles (Instit., § 1, *eod.*).—3° L'action *bonorum vi raptorum* appartient, comme celle de vol, aux personnes qui avaient intérêt à ce que la chose ne fût pas enlevée par violence (*ut intersit ejus eam non auferri*) ; par exemple, au locataire, au commodataire, au créancier gagiste, au dépositaire *qui culpam quoque promisit*. Seulement on ac-

corde encore plus facilement l'action *bonorum vi raptorum* que l'action *furti;* et tel dépositaire, qui n'aurait pas droit à l'action *furti*, obtient l'action *bonorum vi raptorum* (Instit., § 2, *eod.;* L. 2, § 24, D., *Vi bonor. rapt.*, liv. XLVII, tit. VIII).—4° De même que l'action de vol, l'action *bonorum vi raptorum* pénale, en partie du moins, ne se donne pas contre les héritiers du coupable. Seulement, si ces derniers ont retiré quelque profit du délit commis par leur auteur, ils seront tenus à la restitution de ce profit par une *condictio sine causa* (L. 2, § 27, D., *eod.*).

Différences entre l'action bonorum vi raptorum et l'action furti. — Ces deux actions diffèrent à plusieurs points de vue: relativement à leur origine, à leur nature, à leur quotité, à la manière dont se calcule le montant de la condamnation, au délai dans lequel elles doivent être intentées.

1° *Relativement à leur origine.*—L'action *furti* est édictée par la loi des Douze Tables; l'action *bonorum vi raptorum* a été introduite par le préteur (Instit., *pr.*, *eod.*).

2° *Relativement à leur nature.* — L'action *furti* est une action pénale, dont le but unique est de poursuivre contre le coupable la condamnation à une peine pécuniaire, sans préjudice de la restitution de la chose volée. L'action *bonorum vi raptorum* est une action *mixte*, c'est-à-dire à la fois pénale et persécutoire de la chose (Instit., *pr.*, *eod.*).

3° *Relativement à la quotité de la condamnation.*— Dans le cas de vol non manifeste, l'action se donne pour le *double*; dans le cas où il y a eu *bona vi rapta* l'action se donne pour le *quadruple*, lors même que le délinquant n'aurait pas été pris en flagrant délit (*sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non*). Toutefois, la peine n'est en réalité que du triple, car dans le quadruple est comprise la poursuite de la chose (*sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut pœna tripli sit*).— C'est là d'ailleurs une différence entre l'action *bonorum vi raptorum* et l'action de

vol *manifeste* dont le quadruple est purement pénal (*quadruplum autem totum pœna est*), et qui, en outre, donne une action pour poursuivre la chose ou pour en obtenir une fois de plus la valeur à titre de *rei persecutio* (Instit., *eod.*). — On voit par là que l'action *bonorum vi raptorum* offre au demandeur plus d'avantage que l'action *furti nec manifesti*, mais moins d'avantage que l'action *furti manifesti*. D'ailleurs, le demandeur est libre de choisir, suivant son intérêt et la nature du délit commis, l'action qui lui rapportera le plus. — Il est bon d'observer que, si le demandeur a commencé par intenter l'action *bonorum vi raptorum*, on lui refusera l'action *furti* (*deneganda est*); mais s'il a d'abord choisi l'action *furti*, on lui donnera l'action *bonorum vi raptorum*, seulement pour lui faire obtenir ce que cette dernière action contient de plus que la première (*non est illa deneganda, ut tamen id quod amplius in ea est consequatur*) (L. 1, D., *eod.*).

4° *Relativement à la manière dont se calcule le montant de la condamnation.* — Dans l'action *furti manifesti* ou *nec manifesti*, l'unité (*simplum*) que l'on multiplie par 2 ou par 4, est l'indemnité du préjudice que le vol a fait éprouver au demandeur (*quod actoris interfuit*), et non pas seulement la valeur réelle de l'objet enlevé. Dans l'action *bonorum vi raptorum*, au contraire, le quadruple se calcule sur la valeur réelle de l'objet enlevé (*verum rei pretium*), et non sur l'intérêt du demandeur (1).

5° *Relativement au délai dans lequel elles doivent être intentées.* — L'action *furti* est perpétuelle. L'action *bonorum vi raptorum* est, sous le rapport de la peine, annale (*intra*

(1) *Sic*, MM. Ducaurroy, t. III, n° 1129; Ortolan, t. III, n° 1740; de Frosquel, t. II, p. 236; Maynz, t. II, § 356, p. 439, texte et note 11; Labbé, *à son cours*.—Toutefois, M. Demangeat, t. II, p. 395, n'admet pas cette différence entre l'action *furti* et l'action *bonorum vi raptorum*. D'après notre savant maître, on doit prendre pour unité dans l'une et l'autre action le *verum rei pretium*, c'est-à-dire non pas seulement la valeur matérielle de la chose, mais encore l'intérêt que le demandeur avait à la conserver (L. 2, § 13, *D.*, *Vi bonor. rapt.*, liv. XLVII, tit. VIII).

annum quadrupli). Après l'année, elle est donnée au simple (*post annum simpli*). Il en résulte qu'après l'expiration de l'année utile, le demandeur aurait plus d'intérêt à intenter l'action *furti* que l'action *bonorum vi raptorum*.

Quid, lorsqu'une personne enlève par violence une chose qu'elle croit lui appartenir? L'action *bonorum vi raptorum* implique, comme nous l'avons vu, une intention frauduleuse chez l'agent (*si dolo malo quisque rapuerit*). Par conséquent, il n'y a pas dans cette espèce de délit de *bonorum vi raptorum*. A plus forte raison, il n'y aurait pas de vol si la chose appartenait réellement à celui qui s'en est emparé avec violence. Mais comme les voies de fait sont contraires à l'ordre public, et pour ôter tout prétexte aux violences (*ne, dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam*), les constitutions des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius (L. 7, C., *Unde vi*, liv. VIII, tit. iv) ont édicté une peine contre quiconque enlèverait ou envahirait par violence une chose litigieuse, meuble ou immeuble, s'en crût-il même propriétaire (*licet suam eamdem rem existimet*). — Si la chose appartenait réellement au ravisseur, il en perdait la propriété; si elle ne lui appartenait pas, il devait la restituer et, en outre, payer la valeur de la chose à titre de peine (*post restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei præstare*. Instit., § 1, *eod.*).

De l'action publique de la loi Julia de vi privata.

Au lieu de l'action *bonorum vi raptorum*, qui est une action privée (*judicium privatum*), le demandeur avait à sa disposition une accusation publique criminelle découlant de la loi *Julia* sur la violence (Instit., § 8, liv. IV, tit. xviii).

TITRE III

De la loi Aquilia

Origine. — La loi *Aquilia* est un plébiscite rendu sur la proposition du tribun Aquilius, l'an de Rome 468 (1); elle avait pour objet la réparation d'un dommage causé injustement, c'est-à-dire *sans droit* et par une faute *etiam levissima*. La loi *Aquilia* comprenait trois chefs (Instit., § 14, liv. IV, tit. III).

PREMIER CHEF DE LA LOI AQUILIA

Objet du premier chef de la loi Aquilia. — Le premier chef de la loi *Aquilia* prévoit le cas où l'on a tué sans motif légitime (*injuria*) un esclave appartenant à autrui ou un quadrupède vivant en troupeau (*quæ pecudum numero sit*) également appartenant à autrui (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. III).

Quels animaux sont compris sous cette expression, — quadrupedem quæ pecudum numero sit? — La disposition de la loi *Aquilia* ne s'applique pas à tous les quadrupèdes en général, mais à ceux-là seulement qui vivent en troupeau; tels que les chevaux, les mulets, les ânes, les brebis, les bœufs, les chèvres, les porcs; elle ne s'applique donc pas aux animaux sauvages ni aux chiens (Instit., § 1, *eod.*).

Qu'entend-on par injuria? — Tuer *injuria*, c'est tuer sans aucun droit (*qui nullo jure occidit*); or, on tue avec droit, lorsque l'on tue dans un cas de légitime défense (*vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt*). — Pour que la loi *Aquilia* soit applicable, il faut

(1) Les romanistes sont loin d'être d'accord sur la date de ce monument législatif; on a successivement proposé l'an 367, 468 et 528 de Rome. Nous préférons la seconde de ces dates que rend plus probable la paraphrase de Théophile.

qu'il y ait dol ou tout au moins faute de la part de celui qui a tué. La faute aquilienne n'admet pas de degré et la plus légère même (*etiam levissima*) entraîne la responsabilité du délinquant; de plus, elle ne consiste jamais dans une simple négligence (*culpa in omittendo*), mais toujours dans une action préjudiciable à autrui (*culpa in committendo*) (Instit., §§ 2, 3, *eod.*).

Les jurisconsultes romains donnent une série d'exemples qui montrent bien dans quels cas il y a dol ou faute du côté de l'auteur du meurtre, ou imprudence du côté de la victime. Ainsi, un homme, en s'exerçant à lancer des javelots, perce un esclave qui passe. Y aura-t-il lieu à l'application de la loi *Aquilia?* On distingue : — Si l'accident est arrivé à un militaire qui s'exerçait dans le champ de Mars ou dans un autre endroit destiné à ces exercices, il n'y a point eu faute (*nulla culpa ejus intelligitur*); la peine de la loi *Aquilia* n'est pas encourue. — Si l'homicide a été commis par un non-militaire, ou même par un militaire dans un lieu non destiné aux exercices (*qui in alio loco quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit*), il y a faute (*culpæ reus est*); la peine de la loi *Aquilia* est encourue (Instit., § 4, *eod.*).

De même, si un bûcheron, en abattant une branche du haut d'un arbre, tue un esclave qui passe près de l'arbre, on distingue : — ou l'arbre se trouvait sur un chemin public ou vicinal; dans ce cas, si l'émondeur n'a pas crié gare *ut casus evitari possit*, il est en faute et tenu de la lo *Aquilia;* s'il a crié et que l'esclave n'ait pas pris soin de se garer, il n'y a aucune faute (*extra culpam est*) et point d'action; — ou bien, l'arbre était au milieu d'un champ ou d'un bois, dans ce cas l'émondeur qui n'aurait même pas crié gare n'a aucune faute à se reprocher, car personne n'avait le droit de passer par là (*quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi*) (Instit., § 5, *eod.*).

Pareillement, si un médecin, après avoir opéré un esclave, abandonne le soin de sa cure, et que l'esclave en

meure, il y a faute qui donne lieu à l'application de la loi *Aquilia* (Instit., § 6, *eod.*).

Comme l'impéritie constitue une faute, le médecin qui a fait mourir un esclave en l'opérant mal, ou en lui administrant mal à propos un médicament, est responsable de cette mort (Instit., § 7, *eod*).

De même du muletier qui par inexpérience ou par faiblesse n'aurait pas su retenir l'impétuosité de ses mules (Instit., § 8, *eod.*).

Mais les déments et les enfants, incapables de dol et de faute, ne sont point passibles de la loi *Aquilia* (L. 5, § 2, D., *Ad leg. Aquil.*, liv. IX, tit. II).

Quel est le montant de la condamnation portée par le premier chef de la loi Aquilia? — Le montant de la condamnation doit représenter la plus haute valeur que l'esclave ou le quadrupède aura eue dans l'année (Instit., *pr.*, *eod.*). Il en résulte que si, par exemple, au moment du meurtre, l'esclave était boiteux, manchot ou borgne, et que, dans l'année, il ait été sans infirmité ou même d'un grand prix, celui qui l'a tué est obligé de payer non pas la valeur de l'esclave au moment du meurtre, mais sa plus haute valeur dans l'année. C'est ce qui a fait considérer l'action de la loi *Aquilia* comme pénale, puisqu'on n'y est pas tenu seulement du dommage qu'on a causé, mais quelquefois bien au delà (*quia non solum tanti quisque obligatur quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris*). Aussi cette action n'est-elle pas donnée contre les héritiers du délinquant, comme cela aurait eu lieu si la condamnation n'avait jamais dû dépasser le dommage (Instit., § 9, *eod.*). Cependant, comme nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, les héritiers du délinquant seront tenus jusqu'à concurrence du profit qu'ils auront personnellement retiré du délit commis par leur auteur.

De plus, les Prudents ont décidé, non d'après les termes de la loi, mais par interprétation (*non ex verbis legis*,

sed ex interpretatione), qu'il faut prendre en considération non-seulement la valeur matérielle de la chose (*perempti corporis æstimationem*), mais en outre tout le préjudice qui résulte de ce que la chose a péri (*sed eo amplius quidquid præterea perempto ex corpore damni nobis allatum fuerit*). Par exemple, si votre esclave, institué héritier, est tué par quelqu'un avant qu'il ait fait adition par votre ordre, il est constant qu'on devra vous tenir compte également de la perte de cette hérédité (*nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat*). De même, si l'on vous a tué l'une des deux mules qui faisaient la paire, l'un des quatre chevaux d'un quadrige, ou enfin l'un des esclaves d'une troupe de comédiens, on n'estime pas seulement la chose perdue, mais on doit aussi faire entrer en compte la dépréciation de ce qui reste (*sed eo amplius id quoque computatur quanto depretiati sunt qui supersunt*) (Instit., § 10, *eod.*).

De l'action de la loi Cornelia de sicariis. — Outre l'action de la loi *Aquilia* qui punissait le meurtre d'un esclave d'une peine pécuniaire, le maître pouvait diriger contre le meurtrier une accusation criminelle, en vertu de la loi *Cornelia de sicariis* (Instit., § 11, *eod.*).

DEUXIÈME CHEF DE LA LOI AQUILIA

Objet de ce second chef. — Le second chef de la loi *Aquilia*, entièrement ignoré par les interprètes modernes jusqu'à la découverte des Institutes de Gaïus, permettait au stipulant ou à ses héritiers de poursuivre l'adstipulateur qui, au lieu d'exiger le bénéfice de la stipulation, avait détruit la créance en libérant le débiteur frauduleusement au moyen d'une acceptilation (*qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit*) (1) (Gaïus, C. III, § 215).

(1) Voy., en ce qui concerne l'adstipulateur, *supra*, liv. III, tit. XIX, p. 416.

Quel était le montant de la condamnation portée par ce second chef? — L'action de la loi *Aquilia* était donnée contre l'adstipulateur jusqu'à concurrence de la somme dont il avait fait remise (*quanti ea res esset, tanti actio constituitur*) (Gaïus, *ibid.*). Mais on peut se demander à quoi servait cette action de la loi *Aquilia* qui donnait le même résultat que l'action du mandat et ne pouvait pas se cumuler avec elle? Elle ne présentait d'utilité qu'en un point, à savoir, que la condamnation était au double contre l'adstipulateur, au cas de dénégation de sa part (*nisi quod ea lege adversus inficiantem in duplum agitur*) (Gaïus, C. III, § 216; Instit., § 1, liv. IV, tit. XVI).

L'*adstipulatio* n'avait plus lieu sous Justinien. Aussi les Institutes ne font-elles mention de ce second chef de la loi *Aquilia* que pour dire qu'il n'est plus en usage (Instit., § 12, liv. IV, tit. III).

TROISIÈME CHEF DE LA LOI AQUILIA

Objet du troisième chef de la loi Aquilia.

Le troisième chef de la loi *Aquilia* prévoit les blessures faites aux esclaves et aux animaux allant en troupeaux (*quæ pecudum numero sunt*), et la mort ou les blessures occasionnées aux autres animaux qui ne vont pas en troupeaux (*quæ pecudum numero non sunt*), par exemple, à un chien ou à une bête sauvage. Ce troisième chef punit encore tout dommage causé à tort sur toutes autres espèces d'animaux et sur toutes sortes de choses inanimées. En effet, c'est l'action établie par ce troisième chef qu'on donne contre celui qui brise, brûle, détériore d'une façon quelconque les objets appartenant à autrui. Ainsi, par exemple, serait passible de ce chef de la loi *Aquilia*, celui qui mêlerait au vin ou à l'huile d'autrui des substances propres à en altérer la bonté naturelle (Instit., § 13, *eod.*).

Quel est le montant de la condamnation portée par le troisième chef de la loi Aquilia ? — Le montant de la condamnation doit représenter la plus haute valeur que la chose ait eue, non pas dans l'année, mais dans les trente jours qui précèdent le jour du délit (*non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit*) (Instit., §§ 14, 15, *eod.*).

Observations communes au premier et au troisième chef de la loi Aquilia.

Première observation. — La loi *Aquilia* donnait l'action en réparation du dommage au propriétaire de la chose endommagée. Mais on a reconnu que d'autres personnes que le propriétaire pouvaient avoir à souffrir du même dommage; par exemple, l'usufruitier, le possesseur de bonne foi en train d'usucaper, le créancier gagiste, etc. Ces personnes n'avaient pas l'action *directe* de la loi *Aquilia;* seulement la jurisprudence a étendu à ces divers intéressés l'action de la loi *Aquilia* qu'elle leur a accordée sous forme d'action *utile* (L. 11, §§ 8, 10, D., *Ad leg. Aquil.*, liv. IX, tit. II).

Deuxième observation. — La loi *Aquilia* ne prévoyait que l'hypothèse d'un dommage matériel causé par le contact d'un corps sur un autre corps, *corpore et corpori;* par exemple, on a poussé du haut d'un pont ou d'une rive dans le fleuve l'esclave d'autrui qui s'y est noyé; dans ce cas le dommage a été causé par un corps à un autre corps; il y a lieu à l'action *directe* de la loi *Aquilia* (Instit., § 16, *eod.*).

Mais le dommage a pu être causé à un corps sans que ce fût par un corps; — ou même il a pu n'être causé ni à un corps ni par un corps.

1° Le dommage a été causé *corpori, sed non corpore;* par exemple, on enferme un esclave ou un animal qui vous appartient de manière à le faire mourir de faim, ou on effarouche si bien un animal de votre troupeau, que l'animal s'est jeté dans un précipice, etc. Il y a, dans ces hy-

pothèses, un dommage causé *à* un corps, mais non point *par* un autre corps. On ne se trouve plus dans les termes directs de la loi *Aquilia*. Toutefois l'équité a voulu que l'on étendît à ces cas la peine prononcée par la loi *Aquilia*. Ce résultat était obtenu par l'action *utile* accordée par analogie de l'action directe (*utilis actio in eum datur*) (Instit., § 16, *eod.*).

2° Le dommage a été causé *non corpore, neque corpori*; par exemple, un esclave avait été enchaîné par son maître; un passant touché de pitié le détache, et l'esclave s'enfuit. Pour le maître il y a un dommage, mais ce n'est pas un dommage matériel (*corpori*). On ne se trouve plus ni dans les termes, ni même dans l'esprit de la loi *Aquilia*. Aussi le demandeur n'aura ni l'action directe ni l'action utile de cette loi; il ne pourra agir contre le délinquant que par une action *in factum* (Instit., § 16, *eod.*) (1).

Observations communes aux trois chefs de la loi Aquilia.

Les condamnations prononcées par les divers chefs de la loi *Aquilia* étaient tantôt *au simple* et tantôt *au double*.

Il y avait condamnation au simple, lorsqu'il y avait de la part du défendeur aveu complet du fait préjudiciable qui lui était imputé. Ce qui ne l'empêchait pas de contester, s'il le jugeait convenable, l'importance du dommage causé (Instit., § 19, liv. IV, tit. VI).

Il y avait condamnation au double, lorsqu'il y avait de la part du défendeur dénégation des faits qui lui étaient imputés. C'était une punition de sa mauvaise foi (Instit., § 1, liv. IV, tit. XVI).

(1) Les interprètes ne sont pas d'accord sur la nature et les caractères de cette action *in factum* — Les uns prétendent qu'elle n'est autre que l'action générale *in factum*, absolument étrangère à la loi *Aquilia*. Voy. MM. Ortolan, t. III, n° 1976, p. 582, note 4 ; Ducaurroy, t. III, n° 1135 ; Etienne, *Instit. de Just.*, t. II, p. 298. — D'autres lui attribuent les caractères particuliers de l'action directe Aquilienne. *Sic*, MM. Demangeat, t.

TITRE IV

Des injures

Différents sens du mot injuria.

Dans un sens général, le mot *injuria* signifie tout acte contraire au droit (*omne quod non jure fit*).

Dans un sens plus restreint, le mot *injuria* comprend trois acceptions différentes. Il veut dire : — 1° faute, en grec ἀδίκημα, comme dans la loi *Aquilia*, lorsqu'on dit dommage causé *injuria;* — 2° injustice ou iniquité de la part d'un magistrat ou d'un juge qui a rendu une sentence contraire au droit, en grec ἀδικία; — 3° offense, outrage, atteinte portée à l'homme dans son honneur (*contumelia*), en grec ὕβρις.

Nous prenons dans ce chapitre le mot *injuria* comme synonyme de *contumelia*, c'est-à-dire d'outrage, d'offense (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. IV).

De quoi peut résulter l'injure ? — L'injure peut résulter de faits, de paroles, d'écrits, de gestes, etc. Ainsi, il y a injure, lorsqu'on frappe un homme à coups de poing ou de bâton; lorsqu'on lui fait une scène (*convicium*); lorsqu'en son absence on se fait envoyer en possession de ses biens, sous prétexte qu'on est son créancier; lorsqu'on fait courir contre lui, pour le déshonorer, une chanson ou un libelle (*carmen famosum*); lorsqu'on affecte de suivre une mère de famille (*matrem familias*), un jeune homme ou une jeune fille portant encore la robe prétexte, etc., etc. (Instit., § 1, *eod.*).

Conditions constitutives du délit d'injure. — Le délit d'injure suppose les deux conditions suivantes : — 1° de la part de l'auteur de l'injure, une intention coupable, la volonté d'outrager (*dolo malo fecit*). Nul, en effet, ne commet une injure sans le savoir (*injuriam potest facere nemo, nisi qui scit se injuriam facere.* L. 3, § 2, D., *De*

injur., liv. XLVII, tit. x); — 2° de la part de celui à qui s'adresse l'injure, un sentiment de l'offense. Il résulte que si la personne injuriée a dédaigné l'injure et ne s'est pas sentie blessée, il n'y a pas délit d'injure (Inst., § 12, *eod.*).

Combien de personnes peuvent être injuriées à l'occasion d'une seule injure? — On peut faire injure non-seulement à celui qui est l'objet direct de l'outrage, mais indirectement à celui qui exerce une puissance sur cette personne. Ainsi, lorsqu'on injurie un fils de famille, le père a deux actions distinctes, l'une de son chef pour l'injure indirecte à lui faite, l'autre du chef de son fils pour l'injure faite à ce dernier. L'offense dirigée contre une femme mariée blesse la femme et le mari; le mari reçoit l'offense lors même qu'il n'aurait pas sur la femme la *manus*. D'où il résulte que, lorsqu'une offense est dirigée contre une femme mariée, il peut y avoir quatre personnes offensées, savoir : 1° la femme; 2° le père de famille sous la puissance duquel se trouve la femme; 3° le mari; 4° et si le mari est un fils de famille, le père de famille du mari (Gaïus, C. III, § 221; Instit., § 2, *eod.*). Autant il y a de personnes offensées, autant de fois l'action *injuriarum* peut être intentée, et autant il y aura de condamnations distinctes.

Quid de l'injure faite à un esclave? — Dans la rigueur du droit civil romain, l'esclave n'est pas une personne juridique (*caput non habet*); il n'a ni réputation ni honneur à sauvegarder; par conséquent, il ne peut pas être personnellement offensé par une injure (*nulla injuria fieri intelligitur*). Mais l'injure adressée à un esclave peut rejaillir contre le maître. Dans ce cas le maître n'a qu'une seule action, en son nom personnel, et non *nomine servi*. — Il est bon d'observer que toute injure adressée à un esclave n'atteint pas le maître. Il faut, pour faire naître l'action d'injure au profit de ce dernier, que l'injure ait été grave et faite dans l'intention évidente d'humilier le maître. Par exemple, on a outragé l'esclave d'autrui par

des paroles offensantes; on lui a même donné un coup de poing; il n'y a pas là injure grave (*atrox*), le maître n'aura point d'action. Mais si on frappe de verges outre mesure cet esclave (*atrociter verberaverit*), il y a là injure grave, offense faite au maître, action accordée contre le délinquant (Instit., § 3, *eod.*).

Le préteur a apporté un tempérament au principe du droit civil qui consistait à dire que *servis ipsis nulla injuria intelligitur*. Il a admis que dans certains cas l'esclave pourrait être considéré comme atteint par l'injure; il lui a donné en conséquence une action qui devait être exercée par son maître. Le maître avait alors une double action contre l'auteur de l'injure, l'une *nomine servi* pour l'injure faite à l'esclave, l'autre *nomine suo* pour l'injure à lui faite dans son esclave. Pour fixer le montant de la condamnation à raison de l'injure faite à l'esclave, on avait égard à l'emploi que cet esclave tenait de l'estime de son maître (Instit., § 7, *eod.;* L, 15, §§ 34, 35, 44, 48, D., *De injur.*, liv. XLVII, tit. x).

Quid de l'injure faite à un esclave appartenant à plusieurs maîtres? — Dans le cas où l'esclave appartient à plusieurs maîtres (*servus communis*), l'action est donnée à tous les maîtres non pas en proportion de leurs droits sur l'esclave, mais en raison de la considération personnelle de chacun (*non pro ea parte qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri, sed ex dominorum persona*). Car c'est leur personne qui est injuriée dans l'esclave (Instit., § 4, *eod.*). — Au contraire, lorsqu'il s'agit de l'action *prétorienne*, donnée *nomine servi*, le bénéfice de l'action se divise entre chacun des maîtres, proportionnellement aux droits de chacun dans la propriété de l'esclave.

Quid de l'injure faite à un esclave appartenant en nue propriété à une personne, et en usufruit à une autre? — Quand l'esclave appartient en nue propriété à une personne et en usufruit à une autre, on présume que le pro-

priétaire a été injurié plutôt que l'usufruitier. Toutefois l'action d'injure appartiendrait à l'usufruitier, si l'injure était évidemment dirigée contre la personne de ce dernier (Instit., § 5, *eod.*).

Ce qui est dit de l'usufruitier s'applique au possesseur de bonne foi de l'esclave d'autrui. C'est, en effet, le véritable maître de cet esclave qui aurait l'action d'injure à défaut par le possesseur de prouver que l'injure a été faite à son adresse (Instit., § 6, *eod.*).

Quant à l'action *prétorienne*, donnée *nomine servi*, elle appartient toujours au propriétaire, et jamais à l'usufruitier ni au possesseur de bonne foi.

Quid de l'injure faite à un homme libre possédé de bonne foi comme esclave? Il faut distinguer : si l'injure s'adresse à l'homme libre seul, le possesseur de bonne foi n'aura pas d'action. Au contraire, si l'injure est manifestement dirigée contre le possesseur de bonne foi dans la personne de l'homme libre, tous deux ont une action personnelle ; il y aura une double condamnation (Instit., § 6, *eod.*).

Contre qui est donnée l'action d'injure?

L'action d'injure est donnée non-seulement contre l'auteur de l'injure (*non solum is injuriarum tenetur qui fecit injuriam*), par exemple contre celui qui a frappé (*qui percussit*); mais encore contre l'instigateur de l'injure, contre celui qui méchamment a fait ou s'est arrangé pour faire frapper (*qui dolo fecit, vel qui curavit, ut cui mala pugno percuteretur*) (Instit., § 11, *eod.*).

Quelle est la peine de l'injure?

La loi des Douze tables fixait une peine tantôt corporelle, tantôt pécuniaire. — La peine corporelle était la peine du talion, pour un membre rompu (*propter membrum ruptum*). — La peine pécuniaire pour un os brisé (*propter os fractum*) s'élevait à 300 as, lorsque le délit avait été commis contre une personne libre, et à 150 as, s'il avait été commis contre un esclave. Quant aux autres injures, elles étaient punies d'une amende de 25 as. Il est probable que

l'as valait 5 centimes de notre monnaie. Ces peines pécuniaires avaient paru suffisantes à cause de la rareté du numéraire chez les anciens (Gaïus, C. III, §§ 223, 224; Instit., § 7, *eod.*).

Le *préteur* substitua à ces pénalités une réparation pécuniaire plus efficace. Il permit à la personne injuriée de fixer elle-même, sous serment, l'estimation de la peine. Le juge avait toutefois un pouvoir discrétionnaire pour condamner le coupable à payer le montant intégral de l'estimation ainsi faite, ou pour modérer la somme et réduire les prétentions du demandeur. Le juge, relativement à la détermination de la peine, devait prendre en considération la gravité de l'injure et la qualité de la personne offensée (Gaïus, C. III, § 224; Instit., *ibid.*).

La loi *Cornelia*, probablement la loi *Cornelia de sicariis*, introduisit une nouvelle action d'injure pour trois cas limitativement déterminés (*ex tribus causis*), savoir : — pour avoir été poussé (*pulsatum*), — frappé (*verberatum*), — et pour violation de domicile (*domumve suam vi introitum esse dicat*). D'après cette loi, ce n'était pas le demandeur qui estimait lui-même le montant de l'indemnité, mais le juge à la sagesse duquel était abandonnée l'évaluation de la peine (Instit., § 8, *eod.*).

Des diverses espèces d'injures.

On distingue les injures en injures *simples* et en injures *atroces*.

Dans quels cas il y a injure atroce. — L'injure est atroce (*atrox*) à raison soit des faits, soit du lieu, soit de la personne, soit de la partie du corps où la blessure a été faite : — *à raison des faits* (*ex facto*), si, par exemple, quelqu'un a été blessé ou frappé de verges; — *à raison du lieu* (*ex loco*), si, par exemple, c'est au théâtre, au forum ou au prétoire qu'il a été injurié; — *à raison de la personne* (*ex persona*), si, par exemple, l'injure a été faite à un magistrat, à un sénateur, à un ascendant, à un patron par ses enfants ou ses affranchis; — *à raison de la partie du corps*

où la blessure a été faite (*locus vulneris*), si, par exemple, on a été blessé à l'œil (*veluti si in oculo quis percusserit*) (Instit., § 9, *eod.*).

Quel est l'intérêt de cette distinction ? — Cette distinction offre de l'intérêt à deux points de vue principaux : — 1° Au point de vue de la naissance et de la concession de l'action. Ainsi, l'injure adressée à un esclave ne rejaillit contre le maître que si elle est atroce (Instit., § 3, *eod.*). L'injure doit également être atroce pour que l'action d'injure soit accordée à un affranchi contre son patron, ou à un fils hors de puissance contre son père. (L. 7, §§ 2, 3, D., *De inj.*, liv. XLVII, tit. x). — 2° Au point de vue de la condamnation. Quand l'injure est atroce, la condamnation est plus forte (Paul, *Sent.*, § 22, liv. V, tit. iv).

Action criminelle contre l'injure. — La personne injuriée pouvait intenter contre le délinquant une accusation criminelle (*criminaliter agere*). — Il est bon d'observer qu'il n'y avait pas, au cas d'injure, cumul de l'action privée et de l'action criminelle, l'une excluait l'autre. C'était à la personne injuriée qu'il appartenait de choisir (Instit., § 10, *eod.*).

En règle générale et spécialement en matière d'injure, il fallait, dans une accusation au criminel, comparaître en personne. Cependant une constitution de Zénon (L. 11, C., *De inj.*, liv. IX, tit. xxxv) a permis aux *viris illustribus* et à ceux qui ont encore une dignité supérieure d'intenter l'action d'injure et d'y défendre au criminel *même par procureur* (Instit., *ibid.*).

Extinction de l'action d'injure. — L'action d'injure s'éteint de trois manières : par le pardon, par l'oubli, par la mort. — 1° *Par le pardon*, qui s'induit de certaines circonstances. Aussi un simple pacte suffit-il pour éteindre *ipso jure* l'action d'injure (L. 17, § 1, D., *De pact.*, liv. II, tit. xiv).— 2° *Par l'oubli*, qui se présume toutes les fois qu'un an s'est écoulé sans poursuite (L. 17, § 6, D., *De inj.*, liv. XLVII, tit. x). — 3° *Par la mort* soit de l'auteur

de l'injure, soit de la personne injuriée. Cette action ne passe aux héritiers que lorsqu'il y a eu *litis contestatio* (L. 13, *pr.*, D., *eod.*).

TITRE V

Des obligations qui naissent comme d'un délit

Quand les obligations naissent comme d'un délit? — Toutes les fois que le fait producteur du lien de droit était illicite et dommageable à autrui, mais non prévu, ni réprimé par une loi particulière, il n'y avait point délit. On disait alors que l'obligation était née *quasi ex delicto*, comme s'il y avait eu un délit; d'où nous avons fait dans le langage moderne *quasi-délit*. Le préteur accordait contre le délinquant une action *in factum*.

Diverses hypothèses d'obligations nées comme d'un délit. Les Institutes citent comme exemples: — 1° le cas où le juge a fait le procès sien; — 2° le cas où l'on a jeté ou répandu quelque chose qui a porté préjudice à autrui; — 3° le cas où l'on a posé ou suspendu des objets d'une manière périlleuse sur la voie publique; — 4° le cas où un vol a été commis dans un navire, dans une auberge ou dans une écurie.

1° Cas où le juge a fait le procès sien. Le juge faisait le procès sien toutes les fois que, sans commettre un délit qualifié, il avait soit par faveur, soit par inimitié ou par corruption, soit même par ignorance, rendu à dessein une sentence inique. Celui des plaideurs qui souffrait ainsi de la faute du juge pouvait exercer contre lui un recours, et le prendre directement à partie, alors même que la sentence inique fût susceptible d'être réformée par la voie de l'appel, ou pût être considérée comme radicalement nulle (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. v).

Le juge qui a fait le procès sien était condamné à payer

à la partie la véritable estimation du procès apprécié équitablement par un autre juge (*et in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit.* Instit., *ibid.*). Le chef de famille ne saurait être déclaré responsable, en pareille matière, de la faute de son fils juge (Instit., § 2, *eod.*). Cette action ne se donnait pas contre les héritiers (L. 16, D., *De judic.*, liv. V, tit. I).

2° **Cas où l'on a jeté ou répandu quelque chose qui a porté préjudice à autrui.**

Il faut supposer qu'un objet qui a été jeté ou répandu d'en haut sur la voie publique a causé un préjudice à un passant. Si l'on ne peut pas connaître l'auteur du délit, le chef de famille qui habite l'appartement soit comme propriétaire, soit comme locataire, soit gratuitement, est responsable du fait des personnes qui composent sa famille ou des gens qui sont à son service. Il est obligé *quasi ex delicto* en vertu d'une action pénale accordée par le préteur.— Il est bon de remarquer que, si le chef de famille avait lui-même jeté ou répandu les objets qui ont causé le dommage, il serait tenu non pas *quasi ex delicto*, mais bien *ex delicto* par l'action de la loi *Aquilia*.

Montant de l'indemnité. — L'action prétorienne *in factum* était donnée pour le double du dommage causé lorsque l'objet avait atteint un esclave ou une chose. S'il avait atteint et tué un homme *libre*, il y avait lieu à une action populaire (c'est-à-dire appartenant à quiconque pouvait postuler), dont le montant était fixé à 50 écus d'or ; si enfin il n'avait fait que blesser un homme *libre* (*si vero vivet, nocitumque ei dicetur*), l'évaluation de la peine était abandonnée à l'équité du juge, qui devait faire entrer en ligne de compte les frais de médecin, et autres dépenses nécessitées par la maladie, ainsi que la perte occasionnée par l'incapacité de travail (Instit., § 1, *eod.*).

3° **Cas où l'on a posé ou suspendu des objets d'une manière périlleuse sur la voie publique.**

Le fait seul d'avoir posé ou suspendu ou d'avoir souf-

fert qu'on posât ou qu'on suspendît au-dessus de la voie publique un objet dont la chute était de nature à nuire aux passants, donnait lieu contre celui qui occupait l'appartement à une action populaire de 10 écus d'or, alors même que l'objet n'était pas tombé, et qu'il n'était résulté aucun dommage (Instit., § 1, *eod.*).

Observation. — Dans les deux paragraphes précédents, si le dommage était causé par un fils de famille, l'action n'était donnée contre le père de famille qu'autant que le fils habitait avec son père la même maison (Instit., § 2, *eod.*).

4° Cas où un vol a été commis dans un navire, dans une auberge, ou dans une écurie.

Le maître d'un navire, d'une auberge ou d'une écurie était tenu *quasi ex delicto* pour les vols ou dommages commis au préjudice des voyageurs non par lui-même, mais par quelqu'un qu'il employait au service du navire, de l'auberge ou de l'écurie. Car on le considérait comme étant en faute d'avoir chez lui de malhonnêtes gens (*quod opera malorum hominum uteretur*). On donnait alors au voyageur une action prétorienne *in factum* qui entraînait, contre le maître du navire, de l'auberge ou de l'écurie, une condamnation au double. Cette action passait aux héritiers de celui qui avait souffert le dommage, mais non contre les héritiers de celui qui en était tenu (*heredi quidem datur, adversus heredem non competit*) (Instit., § 3, *eod.*).

Si c'était le maître même qui avait commis le délit, il serait tenu suivant les cas de l'action de vol, ou de l'action de la loi *Aquilia*.

TITRE VI

Des actions

Diverses significations du mot action. — Le mot *action* avait en droit romain plusieurs significations distinctes. Il désignait : — 1° la faculté de recourir à l'autorité publique afin de faire reconnaître à son profit un droit convenu, ou de faire protéger un droit contesté par des tiers; ainsi s'explique la définition des Institutes : *actio est jus persequendi judicio, quod sibi debetur* (*pr.*, liv. IV, tit. VI) (1). — 2° Le moyen pratique, la procédure, la forme à l'aide de laquelle on obtenait de l'autorité publique la reconnaissance ou la protection de son droit. C'était surtout, dans ce dernier sens, que le mot *action* était employé par les jurisconsultes romains.

DES DIVERS SYSTÈMES DE PROCÉDURE SUCCESSIVEMENT EN USAGE A ROME

Le droit romain présente trois systèmes d'actions privées ou de procédure civile bien distincts : celui des *actions de la loi*, celui des *formules* et enfin le système des *jugements extraordinaires* (*cognitiones extraordinariæ*).

Caractère commun de la procédure par les actions de la loi, et de la procédure par les formules. — Le caractère commun à ces deux systèmes de procédure, caractère qui les distinguait des *cognitiones extraordinariæ*, c'était la di-

(1) Cette définition des Institutes a été, de la part de M. Namur, *Cours d'Instit.*, 2e édit., t. II, § 498, p. 302, l'objet de judicieuses critiques.

vision de la procédure en deux phases distinctes : — la première phase s'accomplissait devant le magistrat. Les parties étaient alors *in jure ;* — la seconde avait lieu devant le juge. On disait que les parties se trouvaient *in judicio*. La loi des Douze Tables suppose comme préexistante cette distinction entre le *jus* et le *judicium*, d'où il résulte qu'elle existait dans les temps les plus reculés (1).

Des magistrats.

A l'origine de Rome, les rois nous sont représentés comme les magistrats chargés de la *jurisdictio*, c'est-à-dire du soin de rendre la justice, d'appliquer les principes du droit au règlement des différends entre particuliers. Après eux vinrent les consuls jusqu'en 387 de Rome, époque à laquelle fut instituée la préture (Cicéron, *De republic.*, ch. v, § 2) (2). Le préteur fut d'abord un magistrat unique. Mais, dès les premières années du sixième siècle, on institua, pour les contestations entre étrangers et entre citoyens étrangers, le *préteur pérégrin* par opposition au préteur qui, chargé de statuer entre citoyens romains, prit, dès ce moment, le nom de *préteur urbain*. Plus tard, on créa des préteurs spéciaux pour certaines classes d'affaires, par exemple les *préteurs tutélaire et fidéicommis-*

(1) Cette procédure s'appelait *ordo judiciorum privatorum*; et les procès, poursuivis par cette voie *judicia ordinaria*. Voy. MM. de Keller, *des Actions*, traduct. de M. Ch. Capmas, p. 3; Van Wetter, t. II, § 385, p. 462.

(2) *Sic*, Niebuhr, *Hist. rom.*, trad. de Golbéry, t. II, p. 53; Zimmern, *Tr. des act.*, trad. de M. Etienne, p. 6, 10, 24 et 25; Etienne, *Instit. de Just.*, t. II, p. 315 et suiv.; Domenget, *Institut. de Gaius*, p. 458, note 1; Bonjean, *Tr. des act.*, §§ 40, 72; Giraud, *Introd. aux élém. du dr. rom.*, p. 19; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 53; Ortolan, t. III, n° 1849; Demangeat, t. II, p. 465; Alb. Desjardins, sur Latreille, *Rev. prat. de dr. franç.*, t. XXX, p. 90 et 91; Van Wetter, t. II, § 386, p. 464, de Keller, *Des actions*, § 1, p. 1, traduct. de M. Ch. Capmas; Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. II, p. 187 (édit. 1846); Rivier, *Introduct. histor. au dr. rom.*, § 15, p. 83; Willems, *Dr. publ. rom.*, 3e édit., p. 35, texte et note 6. — Toutefois, l'opinion contraire vient d'être récemment soutenue par M. Latreille dans un livre remarquable par une puissante originalité. D'après ce savant auteur (*Hist. des Instit. judic. des Rom.*, t. I, n. 20-28), les rois et les consuls n'ont jamais, en principe, prononcé sur les contestations civiles et dit le droit au regard des litiges privés, si ce n'est par abus de pouvoir ou en vertu du consentement des parties.

saire (1). A côté des préteurs, les deux édiles curules furent investis d'une juridiction spéciale, en matière de ventes d'esclaves et d'animaux, et généralement en matière de règlement de police.

Dans les provinces, les proconsuls ou gouverneurs exerçaient la juridiction. Ils avaient même des attributions plus larges que celles des préteurs qui n'étaient investis que d'une partie de l'*imperium*, celle appelée *imperium mixtum* qui leur était nécessaire pour assurer l'exécution de leurs sentences. Au contraire, les proconsuls et les gouverneurs des provinces étaient investis de l'*imperium* dans toute son étendue, de cet *imperium* qu'on appelait *merum*, et qui n'était autre que le commandement, la puissance publique armée de tous les pouvoirs nécessaires pour le maintien de l'ordre selon la loi. A côté des gouverneurs figuraient les questeurs, investis d'une juridiction spéciale, analogue à celle des édiles curules.

Quant aux magistrats inférieurs des cités reconnues libres (*liberæ civitates*), ils exerçaient bien la *jurisdictio*: mais ils n'étaient investis d'aucune partie de l'*imperium*, pas même de l'*imperium mixtum* (2).

Le magistrat se bornait à organiser le procès; il écoutait les parties dans leurs réclamations et déterminait le point exact du litige. Après avoir posé les questions à juger, il renvoyait les parties devant un juge, chargé d'entendre les raisons alléguées de part et d'autre et de prononcer la sentence.

Des juges.

Il y avait deux sortes de juges : les uns formaient un tribunal permanent, c'était le collége des centumvirs; les autres étaient choisis pour une affaire spéciale

(1) Voy., relativement au préteur *fideicommissaire*, *supra*, liv. II, tit. XXIII, p. 280.

(2) Consult., sur tous ces points, MM. de Keller, *op. cit.*, p. 5 et suiv.; Van Wetter, t. II, § 384, p. 460 et 461 ; Latreille, t. I, n. 14 et suiv.

(tantôt un seul statuait, c'était l'*unus judex* ou *arbiter;* tantôt ils jugeaient à plusieurs, on les appelait *recuperatores*) (1).

Le tribunal des centumvirs, dont l'origine paraît remonter à Servius Tullius (2), était composé de juges élus annuellement dans les tribus. Le nombre des juges centumviraux était de cent cinq, lorsqu'il y avait à Rome trente-cinq tribus, chaque tribu nommant trois juges. C'est de ce nombre qu'est venue, suivant toute probabilité, la dénomination de centumvirs (3). — Plus tard ce nombre fut porté au moins à cent quatre-vingts.

La compétence du tribunal centumviral embrassait: — 1° les questions de propriété et de ses démembrements (*dominium ex jure Quiritium*);—2° les questions de succession; — 3° les questions d'état (Gaïus, C. IV, § 116) (4).

Le juge (*judex* ou *arbiter*) (5) était un citoyen romain, un particulier qui recevait du magistrat une mission spéciale et accidentelle pour statuer sur un procès déterminé, et qui après le procès rentrait dans la masse des particuliers. Chaque année, le préteur urbain dressait une liste des personnes qui pouvaient être juges. Le droit de figurer

(1) C'est une question très-controversée entre les commentateurs que de savoir si les pontifes étaient, dans les premiers temps de Rome, investis des pouvoirs nécessaires pour juger en matière civile. V. pour l'affirmative, M. Van Wetter, t. II, § 387, p. 467.

(2) Telle est du moins l'opinion de Niebuhr, *Hist. rom.*, trad. de M. Golbéry, t. I, p. 444, et surtout, t. II, p. 452 et suiv., et de Bethmann-Holweg, *Zeitsch fur gesch. Rew.*, t. V, p. 360, et *Der Civilprozess des gemeinen Rechts*, t. I, § 23, p. 56 et suiv.—Suivant M. de Keller, (p. 25 et 26), la création du tribunal des centumvirs se rattacherait à la loi Æbutia. Comp. M. Ch Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. II, p. 492 (édit. 1846).

(3) *Sic*, Zimmern, *Tr. des act.*, trad. de M. Etienne, p. 57; de Keller, p. 20; de Fresquet, t. II, p. 393; Van Wetter, t. II, § 387, p. 468.

(4) On manque de renseignements précis sur le point de savoir à quel moment a disparu la juridiction des centumvirs. Il est probable, et c'est là l'opinion des commentateurs les plus autorisés, que l'existence de ce tribunal s'est prolongée jusqu'à la chute de l'Empire d'Occident. *Sic*, MM. de Keller, p. 26; Van Wetter, *loc. cit.*, texte et note 46.

(5) On traduit quelquefois le mot *judex* par *juré*. Cependant, chez nous, le juré n'examine que le point de fait, tandis que le *judex* de Rome examinait aussi, dans les actions civiles, la question de droit.

sur cette liste a d'abord appartenu aux sénateurs seuls : il fut après des luttes violentes accordé aux chevaliers. Suivant certaines probabilités, le nombre des citoyens portés sur cette liste s'élevait à environ quatre mille. Si les parties étaient d'accord, elles pouvaient choisir elles-mêmes le juge sur la liste du préteur ou même en dehors de cette liste. En cas de désaccord, le magistrat proposait un juge que chacun des plaideurs était libre de récuser. Enfin s'il n'y avait aucun moyen de s'entendre sur le choix, on recourait à la voie du sort (*sortiri*). Vers la fin de l'époque classique les juges ou arbitres sont qualifiés de *pedanei*, en signe de l'infériorité de leur juridiction (1).

Les récupérateurs différaient des juges, en ce qu'ils étaient choisis en dehors de toute liste, soit parmi les citoyens, soit même parmi les pérégrins (2). Ils ne pouvaient juger qu'au nombre de trois; souvent ils étaient cinq. La compétence des récupérateurs embrassait surtout les affaires où figuraient des étrangers et qui étaient soumises à la juridiction du préteur pérégrin. Dans les *judicia recuperatoria*, le procès avait une marche plus rapide (3).

I. ACTIONS DE LA LOI.

Combien y avait-il d'actions de la loi ?—Il y avait cinq actions de la loi :—la *sacramenti actio*,—la *judicis postulatio*,—la *condictio*,—la *manus injectio*—et la *pignoris capio* (4).

Caractère particulier aux cinq actions de la loi. — Le caractère de ces actions était sacerdotal et patricien. Il consistait en paroles sacramentelles, et en pantomimes

(1) L'accord entre les interprètes du droit romain n'est pas encore établi sur la signification du mot *pedanei*. V. M. Van Wetter, t. II, § 387, p. 470, texte et note 34.

(2) *Sic*, MM. de Keller, *op. cit.* (traduct. de M. Ch. Capmas), § 9, p. 38, et § 10, p. 44 et 42; Van Wetter, § 387, p. 474, texte et note 46.

(3) Voy., sur cette obscure institution des récupérateurs, MM. Bethmann-Holweg, *Der civil'prozess gemeinen Rechts*; t. I, § 55; Mommsen, *Hist. rom.*, trad. de M. Alexandre, t. I, ch. XI; Zimmern, *op. cit.*, p. 45 et suiv.; Latreille, *op. cit.*, n. 63 et suiv. ; de Keller, §§ 8 et suiv., p. 34 et suiv.

(4) Voy., pour les développements sur les diverses *legis actiones*, MM. de Keller, §§ 13 et suiv. ; Latreille, t. I, n. 433, p. 445.

symboliques dont les pontifes avaient déterminé à l'avance le programme. Les parties devaient se conformer rigoureusement à ce rituel, si bien que la moindre violation des formes prescrites entraînait la perte du procès et la déchéance des droits (*causa cadebat*). Les citoyens romains seuls pouvaient agir par les actions de la loi (1).

De l'action sacramenti.

Cette action, la plus ancienne de toutes, était générale et s'employait dans toutes les affaires où la loi ne prescrivait pas un mode spécial de procédure (Gaïus, C. IV, § 13). On l'appelait ainsi à cause de la somme (*sacramentum*) que pariaient les parties et qui devait être payée par celui qui succombait dans le procès. Ce *sacramentum*, dont le chiffre variait suivant l'importance de l'affaire, était primitivement attribué à la partie qui triomphait; plus tard, il fut confisqué pour les besoins du culte (*ad sacra publica*). Dans l'action *sacramenti* le juge était investi d'un pouvoir fort restreint; sa mission consistait à apprécier si le *sacramentum* était juste ou non, pour le tout, sans pouvoir tenir compte des obligations réciproques dont les parties étaient tenues entre elles (Gaïus, C. IV, §§ 13-18).

De la judicis postulatio.

Le passage de Gaïus qui pourrait fournir des renseignements sur cette action ne nous est point parvenu. On présume que la *judicis postulatio* s'appliquait à tous les litiges qui exigeaient de la part du juge un certain pouvoir d'appréciation; par exemple, aux affaires concernant les tutelles, les fiducies, les ventes, louages, mandats, sociétés, etc.; aux actions en partage (*familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*), en un mot, aux cas dans lesquels une action de bonne foi a été plus tard établie (2).

De la condictio.

Dans l'ancienne langue romaine, le mot *condicere* (*dicere cum*) signifiait *denuntiare*. La *condictio* était donc une

(1) Ce point est toutefois vivement controversé. Voy., en sens contraire, M. de Keller, § 12, p. 48, texte et note 192.
(2) *Sic*, MM. Zimmern, *op. cit.*, p. 144; Demangeat, t. II, p. 469.

action de la loi par laquelle l'une des parties *sommait* son adversaire, avec des paroles solennelles, d'avoir à comparaître au bout de trente jours devant le magistrat pour y recevoir un juge. La *condictio* a été établie par la loi *Silia* (an 510 de Rome), pour réclamer une somme d'argent déterminée (*certa pecunia*), et par la loi *Calpurnia* (an 529 de Rome), pour toute autre *certa res* (Gaïus, C. IV, §§ 18-20).

De la manus injectio.

Il y avait trois espèces différentes de *manus injectiones*, savoir : — la *manus injectio judicati*, — celle *pro judicato*, — et la *manus injectio pura*.

1° La *manus injectio judicati* était accordée pour faire exécuter les jugements (Gaïus, C. IV, § 21).

2° La *manus injectio pro judicato* était accordée pour des cas où il n'y avait pas condamnation, mais dans lesquels on agissait comme s'il y avait eu *judicatum*. Ainsi, la loi *Publilia* permettait cette voie de contrainte contre celui qui, ayant été cautionné par un *sponsor*, ne remboursait pas à celui-ci, dans les six mois, les sommes déboursées pour lui. La loi *Furia de sponsu* la permettait également contre celui qui avait exigé d'un *sponsor* plus que sa part virile (Gaïus, C. IV, § 22).

3° La *manus injectio pura* était celle qui s'opérait sans que l'on regardât la chose comme jugée (*id est, non pro judicato*). Ainsi, la loi *Furia* (an 571 de Rome) sur les testaments autorisait cette *manus injectio* contre celui qui avait reçu, comme legs ou donation à cause de mort, plus de 1000 as, sans être dans un des cas d'exception où cette loi permettait de recevoir davantage. La loi *Marcia* (an 600 de R. f.) l'accordait contre les usuriers à l'effet de répéter des intérêts indûment perçus. Cette *manus injectio* permettait au défendeur de contester lui-même le droit de son adversaire sans être obligé de fournir, comme dans la *manus injectio judicati*, une caution ou *vindex* qui prît son fait et cause (Gaïus, C. IV, §§ 23-25).

L'effet de la *manus injectio* était d'amener au bout d'un bref délai (trente jours) l'*addictio* ou adjudication du dé-

biteur à son créancier. L'*addictus* n'était pas esclave; il était *in servitute*, c'est-à-dire dans un esclavage de fait. Après un nouveau délai (soixante jours), la *manus injectio* permettait au créancier de vendre l'*addictus trans Tiberim*, et même, à l'origine, de le mettre à mort (1).

De la pignoris capio.

A la différence de la *manus injectio* qui était un mode d'exécution sur la personne du débiteur, la *pignoris capio* ne s'adressait qu'à ses biens. Elle consistait dans la saisie réelle d'une chose appartenant au débiteur, saisie qui se réalisait avec certaines solennités de gestes et de paroles, mais hors de la présence du magistrat, même les jours néfastes. Elle n'avait d'application que dans des cas exceptionnels, rigoureusement déterminés par la loi ou les coutumes (Gaïus, C. IV, §§ 26-29).

Ainsi la *manus injectio* et la *pignoris capio* étaient des moyens d'exécution plutôt que des actions proprement dites.

II. SYSTÈME FORMULAIRE.

Les actions de la loi durent leur abandon aux subtilités trop grandes dont elles étaient hérissées, et aux dangers auxquels elles exposaient les plaideurs (Gaïus, C. IV, § 30). De plus, comme elles étaient réservées aux citoyens romains seuls, elles ne répondaient plus aux besoins de l'époque, par suite des relations d'affaires qui s'étaient multipliées entre les citoyens et les pérégrins. Toutefois la transition du premier système de procédure au second fut loin de s'accomplir brusquement. On remarque, au contraire, des empiétements lents et graduels, des analogies frappantes, et l'on reconnaît fréquemment

(1) Nous croyons, avec la plupart des interprètes, que la *manus injectio* ne pouvait être employée que contre les individus condamnés à une somme d'argent. Lorsque la condamnation, au lieu d'être pécuniaire, portait sur l'objet même du droit, il n'y avait pas lieu à la *manus injectio*.— Toutefois, le contraire a été soutenu par Walter (*Geschichte des R. Rechts*, 2e édit., t. II, § 745); Hollweg (*Civil. process.*, t. I, p. 302); Welzel (*Vindicat. process.*, p. 67). — Suivant M. de Savigny (*Vermischte Schriften*, t. II, p. 396 et suiv.), la *manus injectio* n'aurait été employée qu'en cas de *mutuum* contracté *per nexum*.

l'influence du premier système sur le second (Gaïus, C. IV, § 10).

La disparition des actions de la loi fut législativement consacrée d'abord partiellement par une loi *Æbutia*, dont l'époque est incertaine, mais qui paraît être de la fin du sixième siècle de Rome, puis d'une façon complète par deux lois *Julia*, qui, suivant certaines probabilités, furent portées sous le règne d'Auguste.

Il est bon d'observer que, même après l'abrogation officielle des actions de la loi, l'action *sacramenti* a continué à être observée dans tous les procès renvoyés devant les centumvirs. De même on a pu agir encore dans la forme d'une *legis actio* au cas de *damnum infectum* et de *cessio in jure* (Gaïus, C. IV, § 31).

Caractère essentiel du système formulaire.

Le caractère essentiel de la procédure formulaire consistait dans la rédaction d'un écrit délivré par le magistrat, dans lequel il traçait la conduite que le juge avait à suivre, déterminait les points douteux à vérifier, et, pour le cas où la preuve en serait faite ou non, il indiquait la sentence à rendre ou l'absolution à prononcer. Cet écrit appelé *formule* (*formula*) a donné son nom au système.

Parties principales dont se composait une formule. — Il y avait quatre parties principales dans la formule, savoir : — la *demonstratio ;* — l'*intentio ;* — la *condemnatio ;* — et l'*adjudicatio*. Une seule de ces parties se rencontrait toujours dans toutes les formules, l'*intentio*. Les trois autres existaient dans certaines actions, n'existaient point dans d'autres.

1° La *demonstratio* était la partie de la formule qui indiquait les faits à l'occasion desquels s'était élevé le litige. Dans le cas d'une vente par exemple, elle était ainsi conçue : *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit ;* — dans le cas de dépôt : *Quod A. Agerius apud N. Negidium hominem deposuit* (Gaïus, C. IV, § 40). La *de-*

monstratio se confondait avec l'*intentio* dans certaines actions, comme dans les actions *in factum* (1).

2° L'*intentio* était la partie de la formule où était exprimée la prétention du demandeur. Exemples : — *Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium decem millia dare oportere.* Cette *intentio* était dite *certa*, parce qu'elle déterminait à l'avance le chiffre de la somme qui devait être allouée ou refusée. — *Quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere.* Cette *intentio* était dite *incerta* parce qu'elle laissait au juge le pouvoir d'apprécier la somme à laquelle il pourrait condamner. — En matière de revendication, l'*intentio* était ainsi conçue : *Si paret hominem ex jure Quiritium A. Agerii esse.* — Il ne pouvait exister de formule sans *intentio* (Gaïus, C. IV, § 41).

3° La *condemnatio* était la partie de la formule qui investissait le juge du pouvoir de condamner ou d'absoudre. Exemples : — *Judex, N. Negidium A. Agerio sestertium decem millia condemnato; si non paret, absolve.* — *Judex, N. Negidium A. Agerio duntaxat decem millia condemna; si non paret, absolvito.* — *Judex, N. Negidium decem millia condemnato,* sans ajouter : *si non paret, absolvito* (Gaïus, C. IV, § 43). Dans les actions qu'on appelait *préjudicielles* et qui avaient pour but de faire constater un fait préalablement à une autre action, la formule ne contenait pas de *condemnatio* (2).

4° L'*adjudicatio* était la partie de la formule où le magistrat donnait au juge le pouvoir d'adjuger, c'est-à-dire d'attribuer à l'une des parties un droit de propriété qui appartenait à l'autre. L'*adjudicatio* ne se rencontrait jamais que dans trois actions particulières, les actions *familiæ erciscundæ* (en partage d'une hérédité), *communi dividundo* (en partage d'une chose commune), et *finium regundorum*

(1) Voy. les développements sur la distinction des actions en actions *in jus* et en actions *in factum*, *infra*, p. 595 et suiv.
(2) Ci-dessous, p. 590 et suiv.

(en bornage). Elle était ainsi conçue : *Quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato* (Gaius, C. IV, § 42).

Parties accessoires de la formule.

Outre ces parties principales, la formule pouvait comprendre des parties accessoires qu'on appelait *adjectiones*. Parmi ces *adjectiones* on comptait les *præscriptiones*, les *exceptions* (1), les *répliques* et les *dupliques* (2).

De la litis contestatio.

Sous l'empire des *judicia ordinaria*, le moment où le magistrat délivrait la formule et renvoyait les parties devant le juge, se nommait *litis contestatio*. C'était le dernier acte de procédure devant le magistrat (*in jure*). Cette expression *litis contestatio* venait de ce que primitivement le magistrat n'écrivait pas probablement la formule et que les parties étaient dans la nécessité de prendre à témoin les personnes présentes : *Testes estote*.

La *litis contestatio* produisait des effets importants, dont voici les principaux : — 1° elle éteignait soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope*, le droit d'action du demandeur, et ne lui donnait plus qu'un droit éventuel à la condamnation de son adversaire (*obligatio condemnari oportere*) (3); — 2° en principe, les droits des parties se déterminaient d'après l'époque de la *litis contestatio*, et le jugement avait un effet rétroactif jusqu'à ce jour, comme si la sentence avait été rendue au moment même ou le préteur renvoyait les

(1) Voy. *infra*, tit. XIII, p. 644.
(2) Ci-dessous, tit. XIV, p. 654.
(3) La *litis contestatio*, comme la novation, est un mode d'extinction des obligations ; aussi les interprètes l'ont-ils qualifiée de *novatio necessaria*. Cependant de profondes différences séparent les effets de la *litis contestatio* de ceux de la novation. Voici les plus importantes : — 1° La *litis contestatio* ne fait pas perdre le privilége; la novation le fait perdre ; — 2° La *litis contestatio* laisse subsister les gages et les hypothèques de la créance primitive; la novation les éteint, sauf le cas où ils sont réservés; — 3° La *litis contestatio* ne fait pas disparaître la peine stipulée pour le cas d'inexécution; la novation la fait disparaître ; — 4° La *litis contestatio* laisse courir les intérêts conventionnels; la novation en arrête le cours; — 5° La *litis contestatio* ne purge pas la demeure ; la novation purge la demeure ; — 6° La *litis contestatio* engagée avec le débiteur principal ne libère pas le fidéjusseur, celle engagée avec un *correus promittendi* ne libère pas les autres *correi*; il en est autrement de la novation. — V. au surplus, sur les effets de la novation, *supra*, liv. III, tit. XXIX, p. 546.

parties devant le juge; — 3° La *litis contestatio* interrompait la prescription, et rendait perpétuelles les actions qui se prescrivaient par un court espace de temps; — 4° Après la *litis contestatio*, toutes les actions passaient aux héritiers du demandeur et étaient données contre les héritiers du défendeur, fussent-elles intransmissibles par elles-mêmes (1).

Conséquence d'une erreur commise dans la formule. — Il y avait trois sortes d'erreur possible. Ainsi on demandait : — ou plus que ce à quoi on avait droit (*plus-petitio*); — ou moins (*minus-petitio*); — ou une chose pour une autre (*aliud pro alio*). (Instit., §§ 33-36, liv. IV, tit. VI).

Plus-petitio. — C'était une conséquence forcée des principes de la procédure formulaire que le fait du demandeur qui exprimait dans *l'intentio* une valeur supérieure à celle qui lui était due, devait entraîner l'absolution du défendeur. Le demandeur perdait donc son procès (*plus petendo causa cadebat*). Il avait épuisé son droit, et ne pouvait plus agir ultérieurement : *ne bis in eadem re actio sit.* C'est ce que l'on a appelé *plus-pétition* (Inst., § 33, *eod.*).

La plus-pétition ne pouvait résulter que d'une erreur commise dans l'*intentio*. Une exagération dans la *demonstratio* ou dans la *condemnatio* ne produisait pas les mêmes conséquences (Gaïus, C. IV, §§ 57-60). De plus, il est bon d'observer que, même dans l'*intentio*, la plus-pétition n'était possible qu'autant qu'il s'agissait d'actions ayant une *intentio certa*, c'est-à-dire déterminée. Il en résultait que la plus-pétition et ses conséquences rigoureuses ne pouvaient se produire dans les actions de bonne foi; car, dans ces actions, l'*intentio* était indéterminée. Il en était de même dans les actions de droit strict qui avaient une *intentio incerta* (Gaïus, C. IV, § 54).

De combien de manières la plus-pétition pouvait se commet-

(1) Voy., pour plus de détails sur la *litis contestatio* et ses effets, M. de Keller, *op. cit.* (traduct. de M. Ch. Capmas), § 59, p. 262 et suiv.; Van Wetter, t. II, § 402, p. 519 et suiv.; Goudsmit, *op. cit.* (traduct. de M. Wuylsteke), § 103, p. 296 et suiv.

tre? — De quatre manières, d'après les Institutes (§ 33), savoir : — *re;* — *tempore;* — *loco;* — *causa.*

1° *Re.* — Par exemple, il m'est dû 50 et je réclame 100; ou bien, propriétaire d'une partie seulement du fonds Cornélien, je revendique la propriété du tout.

2° *Tempore.* — Par exemple, ayant une créance à terme ou sous condition, je poursuis mon débiteur avant l'échéance du terme (*ante diem*), ou avant l'arrivée de la condition (*pendente adhuc conditione*). En effet, de même que payer trop tard, c'est payer moins qu'on ne doit, de même demander trop tôt, c'est demander plus qu'il n'est dû (*qua ratione enim qui tardius solvit quam solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur*).

3° *Loco.* — Par exemple, je suis créancier d'une somme payable dans un lieu déterminé, à Ephèse, j'agis contre mon débiteur dans un autre lieu que celui convenu pour le paiement, à Rome. Il peut être, en effet, plus onéreux pour le débiteur de payer à Rome qu'à Ephèse.

4° *Causa.* — Je suis créancier d'une chose à choisir entre plusieurs choses déterminées; mais le choix appartient au débiteur; dans ce cas, si je demande l'une des choses comprises dans l'alternative, j'enlève au débiteur la faculté d'option; j'aggrave, par conséquent, sa condition. Ainsi, j'ai stipulé de Séius l'esclave Stichus ou 10 sous d'or, au choix de Séius. Il y a de ma part plus-pétition à demander seulement l'un des deux, l'esclave seulement, ou seulement les 10 sous d'or. Et il y aurait plus-pétition alors même que je ne demanderais que la chose ayant le moins de valeur.

Innovations en matière de plus-pétition. — Le préteur avait essayé par plusieurs moyens de remédier à la rigueur de la déchéance résultant de la plus-pétition. Ainsi notamment, il employait dans ce but la *restitutio in integrum* qu'il accordait facilement aux mineurs de vingt-cinq ans; mais très-rarement aux majeurs, et dans les cas seulement d'erreur grave et de nature à tromper les plus clair-

voyants. — L'ancienne déchéance résultant de la plus-pétition a totalement disparu au Bas-Empire. Cependant, ce n'était pas toujours impunément que, dans le droit de Justinien, le demandeur exagérait son droit en justice.— Une constitution de l'empereur Zénon (L. 1, C., *De plus petit.*, liv. III, tit. x) avait décidé, relativement à la plus-pétition *tempore*, que le créancier qui agirait avant le terme ne pourrait de nouveau poursuivre le débiteur qu'après avoir laissé écouler le double du délai qui restait à courir du jour de la demande jusqu'au jour de l'échéance. Pendant cette prolongation de délai le cours des intérêts se trouvait suspendu. — Relativement aux autres espèces de plus-pétition, Justinien a décidé que le défendeur qui aurait souffert de l'exagération de la demande, par exemple, en payant un salaire trop élevé à l'huissier (*viator*), pourrait faire condamner le demandeur à lui restituer le triple de la somme qu'il aurait payée en trop (Instit., § 33, *eod.*).

Minus-petitio.—Le demandeur a réclamé dans l'*intentio* de la formule moins qu'il ne lui était dû : par exemple, 5 au lieu de 10; ou pour moitié un fonds qui lui appartient en entier. Il n'a éteint son droit que jusqu'à concurrence de ce qu'il a demandé. Il pouvait donc intenter une nouvelle action pour le surplus. Seulement il devait ne pas agir pendant la même préture, mais attendre une magistrature nouvelle. Sans quoi, il pouvait être repoussé par une exception qu'on appelait *litis dividuæ*, et s'exposait à perdre son action (Gaïus, C. IV, § 56).

Mais, à partir de Zénon, le demandeur a pu obtenir le surplus dans la même instance et sans intenter une action nouvelle (Instit., § 34, *eod.*).

Aliud pro alio. — Le demandeur a réclamé une chose autre que la chose due : par exemple, l'esclave Stichus au lieu de l'esclave Érotès. Il pouvait, sans craindre l'exception de la chose jugée, intenter *hic et nunc* une nouvelle action (Instit., § 35, *eod.*).

III. PROCÉDURE EXTRAORDINAIRE.

Sous le système de la procédure formulaire, il arrivait que, dans certaines affaires, le magistrat ne renvoyait pas les parties devant un juge, et terminait lui-même le litige. Mais c'étaient là des cas exceptionnels (*extraordinaires*). Aussi disait-on que le magistrat statuait *extra ordinem*, et désignait-on ces affaires par les mots de *cognitiones extraordinariæ*. Ces *cognitiones extraordinariæ* avaient lieu dans les restitutions en entier pour cause de lésion ou d'erreur, dans les envois en possession, dans les procès en matière de fidéicommis, etc. Cette fois encore la transition ne s'opéra point brusquement, mais par des envahissements progressifs qui coïncidèrent avec le développement du régime impérial.

En 294 de J.-C., les empereurs Dioclétien et Maximien rendirent une constitution (L. 2, C., *De pedan. jud.*, liv. III, tit. III) à l'effet de consacrer législativement les changements qui s'étaient opérés dans la procédure judiciaire. Ils ordonnèrent aux gouverneurs de provinces de connaître par eux-mêmes des procès qui leur seraient soumis, à moins qu'il ne leur fût impossible d'y suffire (*ita tamen ut, si vel propter occupationes publicas vel propter causarum multitudinem omnia hujusmodi negotia non potuerint cognoscere*).

La réforme de Dioclétien ne portait que sur les provinces. Mais bientôt cette mesure se généralisa. En Italie, à Rome, on vit, à tous les degrés de juridiction, des magistrats décider les procès sans jamais les renvoyer devant un juge. Les formules disparurent peu à peu : tous les jugements devinrent extraordinaires (*extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia*). (Instit., § 8, liv. IV, tit. XV.)

Dans la procédure extraordinaire l'ancienne *litis contestatio*, quoique transformée, a cependant survécu. Il est probable que la *litis contestatio* se plaçait au moment où les parties exposaient au magistrat leurs prétentions et leurs moyens de défense (L. 1, C., *De litis contestat.*, liv. III, tit. IX) (1).

(1) Telle est aussi l'opinion de M. de Keller, *op. cit.*, § 81, p. 378 et 379.

DE LA DIVISION DES ACTIONS

Les actions peuvent faire l'objet d'un grand nombre de divisions ou classifications différentes suivant les différents points de vue auxquels on les envisage. Les principales de ces divisions, à l'époque de la procédure extraordinaire, sont les suivantes.

PREMIÈRE DIVISION

Actions réelles (*in rem*), **actions personnelles** (*in personam*).

Telle est la principale division des actions (*summa divisio*). Fondée sur la nature même des droits à faire valoir, elle embrasse toutes les actions (*quasdam species actionum inter genera se retulisse.* Gaïus, C. IV, § 1; Instit., § 1, liv. IV, tit. VI), du moins toutes les actions *in jus*, c'est-à-dire toutes celles dans lesquelles une question de droit est agitée; car elle ne s'applique pas aux actions *in factum* (1). Essentielle et fondamentale, elle se retrouve dans tous les systèmes de procédure chez les Romains, aussi bien dans les actions *de la loi* et dans le système *formulaire* que dans la procédure *extraordinaire*.

Qu'est-ce qu'une action réelle (*in rem*)? — C'est celle par aquelle nous prétendons qu'une chose corporelle est nôtre, par exemple, que nous sommes propriétaire du fonds Cornélien, ou qu'un droit absolu nous compète, par exemple, un droit d'usage, d'usufruit, de passage, de conduite, d'aqueduc, etc. (Gaïus, C. IV, § 3; Instit., § 2,

(1) Voy., pour les détails sur les actions *in jus* et *in factum*, ci-dessous, p. 595 et suiv.

eod.). Cette action ne suppose qu'une personne sujet du droit, et une chose objet de ce droit, abstraction faite de toute autre personne que nous prétendrions tenue envers nous d'une obligation. En d'autres termes, l'action est réelle, alors que nous réclamons un droit absolu sur une chose, indépendamment d'un fait quelconque dont nous prétendrions notre adversaire tenu envers nous (Instit., § 1, *eod.*).

Qu'est-ce qu'une action personnelle (*in personam*)?—C'est celle par laquelle nous prétendons que quelqu'un est *obligé* envers nous, soit par un contrat, soit par un délit, c'est-à-dire lorsque nous prétendons qu'il faut donner, faire ou fournir (*dare, facere, præstare oportere*) (Gaïus, C. IV, § 2). L'action *in personam* est donc un droit de créance déduit en justice (Instit., *ibid.*).

Sens exact de ces mots in rem, in personam. — *In rem* veut dire une disposition générale (*generaliter*), sans acception d'une personne déterminée. Ainsi quand le demandeur prétend être propriétaire, il élève une prétention *in rem;* car il n'a besoin de désigner aucune personne; il se dit propriétaire d'une façon générale envers et contre tous. — *In personam* signifie une énonciation relative à telle ou telle personne déterminée. Ainsi nous ne pouvons pas dire d'une façon absolue : « Il nous est dû telle somme, » sans indiquer par quelle personne. Spécialement, sous le système formulaire, l'*intentio* fournissait un moyen matériel de distinguer quelles actions étaient *in rem* ou *in personam*. L'*intentio* de l'action *in rem* ne contenait pas le nom du défendeur; par exemple, dans l'action en revendication, on disait : « *Si paret fundum Capenatem jure Quiritium Titii esse.* » Au contraire, le nom du défendeur était nécessairement inséré dans l'*intentio* de l'action *in personam*, par exemple : « *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem millia sestertium dare oportere.* » —Il est bon d'observer que, si le défendeur n'était pas et ne pouvait pas être nommé dans l'*intentio*

de la formule *in rem*, il l'était cependant dans les autres parties, notamment dans la *condemnatio* qui, portant nécessairement sur une somme pécuniaire à fournir, devait s'adresser directement au défendeur (Gaïus, C. IV, §§ 34, 41, 87).

On désigne encore sous le nom général de revendications (*vindicationes*) ou pétitions (*petitiones*) les actions réelles, tandis qu'on appelle condictions (*condictiones*), les actions personnelles. — Toutefois, la dénomination de condictions ne les comprend pas toutes; elle ne s'applique qu'à celles dont l'*intentio* se réfère aux obligations de donner ou de faire (*dari fierive oportere*), laissant en dehors celles qui consistent à fournir toute autre prestation (*præstare*) (Gaïus, C. IV, § 5; Instit., § 15, liv. IV, tit. VI).

Des actions civiles in rem.

Parmi les actions civiles *in rem* on peut citer : — la *rei vindicatio* ou revendication d'un effet corporel déterminé; — la pétition d'hérédité; — l'action confessoire; — l'action négatoire; — la *causa liberalis*. Nous nous occuperons de cette dernière action dans le chapitre consacré aux actions préjudicielles.

De la revendication. — L'action en revendication (*rei vindicatio*) est l'action *in rem* par excellence. On l'appelle *actio in rem specialis* par opposition à l'action en pétition d'hérédité, que l'on nomme *actio in rem generalis*.

A qui est accordée l'action en revendication? — Elle est donnée à quiconque se prétend propriétaire d'une chose *ex jure Quiritium* (Gaïus, C. IV, § 41). A quel moment précis faut-il être propriétaire? Au moment de la *litis contestatio* (L. 18, D., *De rei vind.*, liv. VI, tit. I).

Contre qui est donnée cette action? — Contre celui qui possède. Mais de quelle possession s'agit-il ici — de la possession *animo domini*, — ou bien de la simple détention (*in possessione*)? Il est probable que d'abord l'action en revendication ne pouvait être intentée que contre ce-

lui qui possédait *animo domini*. Mais la jurisprudence a varié sur ce point. Aussi Ulpien nous apprend (L. 9, D., *eod.*) que l'action en revendication peut être intentée contre tout détenteur de la chose (*ab omnibus qui tenent...*, *peti posse*). Seulement, lorsque le détenteur qui ne possède que pour autrui est actionné en revendication, il doit, en vertu d'une constitution de Constantin (L. 2, C., *Ubi in rem actio exerc. deb.*, liv. III, tit. XIX), désigner (*nominare*) celui pour le compte de qui il possède. Le magistrat fait alors sommer le possesseur *animo domini* d'intervenir au procès. S'il intervient, la revendication suit son cours contre lui. S'il n'intervient pas, il est en faute, et le procès continue contre le détenteur pour autrui, sauf à lui, s'il veut plus tard réclamer sa propriété, à intenter une action en revendication.

Dans quelques cas exceptionnels cependant, la revendication peut être intentée contre un défendeur qui ne possède plus. Telle est, par exemple, l'hypothèse où celui qui commence à posséder une chose en a abandonné ensuite la possession par dol (*dolo desiit rem possidere*). Il peut alors être poursuivi comme s'il était resté en possession (*dolus pro possessione est*) (L. 27, § 3, D., *De rei vind.*, liv. VI, tit. I).

De la pétition d'hérédité. — L'action en pétition d'hérédité (*hereditatis petitio*) est celle par laquelle on revendique une hérédité.

A qui est accordée la pétition d'hérédité? — La pétition d'hérédité est donnée à celui qui se prétend héritier soit *testamentaire*, soit *ab intestat*. Une *petitio hereditatis possessoria* est accordée au *bonorum possessor* (1).

Contre qui est donnée cette action? — Elle n'est régulièrement donnée que contre deux classes de possesseurs,

(1) La pétition d'hérédité est également accordée par un texte formel (L. 54, *pr.*, D., *De possess. hered. petit.*, liv. V, tit. V) à celui qui a acheté une hérédité du fisc. Suivant M. Maynz (*Cours de dr. rom.*, t. III, § 490, p. 463, note 23), la même faveur doit être étendue à tout acheteur d'hérédité. Mais la question est controversée.

savoir :—1° contre celui qui possède *pro herede ;*—2° contre celui qui possède *pro possessore* (L. 9, D., *De hered. petit.*, liv. V, tit. III).

Pro herede possidere, c'est posséder l'hérédité ou une chose dépendante de l'hérédité, en se prétendant héritier ou *bonorum possessor* (L. 11, *pr.*, D., *eod.*).

Pro possessore possidere, c'est posséder sans titre. Un tel possesseur, interrogé sur la cause de sa possession, ne peut que répondre : Je possède parce que je possède (*possideo quia possideo*) (L. 11, § 1; L. 12, D., *eod.*).

Si donc une chose héréditaire se trouve entre les mains d'un tiers qui la possède en vertu d'un titre particulier d'acquisition, par exemple, d'une donation (*pro donato*), d'une vente (*pro empto*), la pétition d'hérédité ne sera pas valablement intentée contre ce tiers. L'héritier devra agir par l'action en revendication.

Le défendeur qui a cessé de posséder par faute ou par dol reste exposé à la pétition d'hérédité. Ici, comme dans la revendication, s'applique la règle *dolus pro possessione est.*

De l'action confessoire. — Lorsque l'action réelle a pour objet la réclamation d'un droit autre que celui de propriété, comme un droit d'usufruit ou de servitude prédiale, par exemple de passer sur le fonds du voisin ou d'en amener de l'eau, elle prend le nom d'*actio confessoria* ou *affirmative* (Instit., § 2, liv. IV, tit. VI).

A qui est donnée l'action confessoire? — Elle est donnée à celui qui a le droit de servitude, sans distinguer s'il est ou non *possessor juris* (1).—Le créancier gagiste et l'emphytéote sont recevables à agir par l'action confessoire *utile* (L. 16, D., *De servit.*, liv. VIII, tit. I).

Contre qui est donnée l'action confessoire? — Elle est donnée contre toute personne qui met obstacle à l'exercice du droit de servitude, qu'elle soit le propriétaire de la chose assujettie ou un tiers apportant un trouble quelconque à ce droit (L. 10, § 1, D., *De servit. vind.*, liv. VIII, tit. V).

(1) *Sic*, M. Demangeat, t. II, p. 499 et suiv.

Une simple contestation verbale suffirait pour autoriser l'action confessoire ; il n'est pas nécessaire que l'exercice de la servitude ait été matériellement entravé (1).

Résultat de l'action confessoire. — Elle a pour effet de faire cesser le trouble dans l'avenir, d'obtenir de l'adversaire la réparation du dommage antérieur, et de faire reconnaître le droit de servitude.

De l'action négatoire. — L'action *négatoire* ou négative est celle par laquelle on soutient qu'une servitude quelconque n'est pas due ; comme lorsqu'on soutient que la personne qui prétend exercer un droit de passage ou d'usufruit sur notre fonds n'a pas ce droit (Instit., § 2, *eod.*). —Cette action n'est négative qu'en apparence, au fond et en réalité elle est, comme toute action, affirmative. Il y a, en effet, une véritable affirmation à soutenir que le fonds qui vous appartient est libre de toute servitude à l'égard d'une autre personne.

Toutes les fois qu'il s'agit de la pleine propriété du fonds, il ne saurait y avoir lieu à l'action négative, parce qu'elle ne produirait aucun résultat, car prétendre qu'un tiers n'est pas propriétaire d'une chose, ce n'est pas prouver que vous en soyez vous-même propriétaire.

Qui peut intenter l'action négatoire? — L'action négatoire n'est accordée qu'au propriétaire ; et elle lui est accordée, quand bien même il se trouverait en quasi-possession du droit réclamé ; en cela, elle diffère de l'action en revendication d'une chose corporelle qui ne se donne pas à celui qui possède (L. 2, *pr.*, D., *eod.*; L. 5, *pr.*, D., *Si usufr. pet.*, liv. VII, tit. VI).

Comment la preuve doit être faite dans l'action négatoire? —En principe, la preuve dans un procès incombe au demandeur : *Onus probandi incumbit actori.* Cette règle doit-elle s'appliquer lorsqu'il s'agit d'une action négatoire? Il y a sur ce point deux systèmes :

(1) Voy., en ce sens, MM. Maynz, t. I, § 222, p. 744, texte et note 8; Van Wetter, t. I, § 154, p. 522, texte et note 6.

Dans un premier système, on dit que le demandeur, dans l'action négatoire, n'a qu'une seule chose à prouver, savoir : qu'il est propriétaire; une fois cette preuve établie, il n'a pas à démontrer, en outre, que le défendeur n'a pas de droit de servitude. La liberté, en effet, est l'état régulier, normal, de la propriété. D'ailleurs, ajoute-t-on, imposer au demandeur l'obligation de prouver que son fonds est libre de toute espèce de servitudes, c'est lui imposer une preuve impossible, et rendre illusoire l'action négatoire. La conclusion est que le défendeur sera tenu de démontrer le droit de servitude qu'il prétend avoir, car l'état de servitude ne se présume pas. Malgré les autorités imposantes qui recommandent ce système (1), il ne nous semble pas devoir être admis, surtout lorsque le défendeur a, en sa faveur, la quasi-possession du droit de servitude contre lequel est dirigée l'action négatoire. Dans ce cas, en effet, la présomption n'est plus pour l'état de franchise, mais bien pour l'état de servitude du fonds.

Dans un second système, on impose au demandeur l'obligation de prouver la double prétention qu'il élève, savoir : 1° qu'il est propriétaire; 2° que sa propriété est franche de toute servitude. On n'admet donc point d'exception à la règle : *Onus probandi incumbit actori.* Mais comme on ne saurait obliger le demandeur à prouver que son fonds est libre de toutes les servitudes qui peuvent affecter un héritage, preuve à peu près impossible, on lui permet, au moyen d'une *interrogatio in jure*, d'exiger que le défendeur déclare quelle servitude il prétend exercer, et sur quelle base il fonde sa prétention. Alors le demandeur n'a plus qu'à prouver contre l'existence d'une servitude déterminée par des circonstances

(1) Voy. notamment, MM. Bonjean, § 280; Etienne, t. II, p. 416; Domenget, p. 472 et suiv.; Molitor, *Possess. et serv. en dr. rom.*, n°s 437 et 438; Vangerow, *Lehrbuch*, t. I, § 353, observ. 2; Keller, *Pand.*, § 155, p. 290; Maynz, t. I, § 223, p. 717, et t. III, § 448, p. 445, texte et note 44; Namur, 2e édit., t. I, § 463, p. 224 et 222; Van Wetter, t. I, § 423, p. 436, texte et note 9.

précises. Ce système, qui nous paraît mieux fondé, est généralement adopté et enseigné à la Faculté de Paris (1).

Effets de l'action négatoire. — Ils sont en tous points analogues à ceux de l'action confessoire (2).

Des actions civiles in personam.

Les Institutes ne jugent pas à propos de nous donner ici une énumération de toutes les actions *in personam* créées par le droit civil. Qu'il nous suffise de dire que cette classe comprend presque toutes les actions naissant des contrats, des délits, et *quasi ex contractu.*

DEUXIÈME DIVISION

Actions civiles, actions honoraires ou prétoriennes.

Les actions civiles sont celles qui dérivent du *jus civile.* Ce terme comprend donc toutes les actions introduites par les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, les constitutions impériales, l'interprétation des jurisconsultes, l'usage (Instit., § 3, liv. IV, tit. VI).

Les actions honoraires (*honorariæ*) sont celles qui doivent leur origine aux édits des magistrats. L'immense majorité des actions honoraires a été créée par les préteurs (*actiones prætoriæ*) ; il y a aussi quelques actions créées par les édiles (*actiones ædilitiæ*) (Instit., *ibid.*).

On voit que cette division des actions se tire de l'autorité qui les a établies et n'a aucunement trait à une diff rence essentielle provenant de leur nature intrinsèque

Nous avons examiné les actions civiles, passons à l'étude des principales actions prétoriennes.

(1) *Sic*, MM. Demangeat, t. II, p. 505 et suiv.; Labbé, *à son cours.*
(2) Voy. *supra*, p. 574.

DES ACTIONS HONORAIRES OU PRÉTORIENNES

Le préteur a créé des actions réelles et des actions personnelles.

Actions in rem prétoriennes.

Les principales actions *in rem* introduites par le droit prétorien sont : — l'action *publicienne ;* — l'action *rescisoire de l'usucapion*, qui se nomme quelquefois action *contraire à la publicienne ;* — l'action *paulienne ;* — l'action *servienne* et *quasi-servienne* ou hypothécaire.

De l'action publicienne. — L'action publicienne, ainsi nommée parce qu'elle a été introduite par le préteur Publicius, qui vivait du temps de Cicéron, suppose accompli un fait qui ne l'est pas, et donne au possesseur qui a perdu la possession avant d'avoir usucapé, le droit de revendiquer comme si l'usucapion avait eu lieu avant la perte de la possession (Instit., § 3, *eod.*).

Formule de l'action publicienne. — Voici d'après Gaïus (C. IV, § 36) comment est conçue la formule de l'action publicienne : *Judex esto; — si quem hominem Aulus Agerius emit, et traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret, — condemna.* »

Cas d'application de l'action publicienne.

1° Quand le propriétaire d'une chose *mancipi* avait livré cette chose dans l'intention d'en transférer la propriété, mais sans accomplir les formes de la mancipation, ni celles de la cession *in jure*, celui qui avait reçu cette chose dans de pareilles conditions n'en devenait pas propriétaire d'après le droit civil (*dominus ex jure Quiritium*), il n'en acquérait que le domaine bonitaire (*in bonis*); seulement, il pouvait devenir propriétaire *ex jure Quiritium*, après avoir possédé pendant le temps requis pour l'usucapion, mode d'acquérir reconnu par le droit civil. Si

donc le possesseur en voie d'acquérir cette chose par l'usucapion en perdait la possession, avant que l'usucapion fût accomplie, il ne pouvait pas intenter l'action civile en revendication. Le préteur venait à son secours et lui accordait l'action publicienne. Cette action se donnait même contre l'ancien propriétaire qui avait repris la possession de sa chose; et, s'il se prévalait du défaut de mancipation et faisait insérer dans la formule l'exception *justi dominii*, le demandeur pouvait encore triompher en opposant la réplique *de dol*. Il y avait, en effet, mauvaise foi de la part de l'ancien propriétaire à vouloir garder la chose à l'encontre de son acquéreur. Cette réplique de dol ne pouvait être invoquée que contre l'ancien propriétaire ou contre son héritier. Contre tout autre se prévalant d'une acquisition qu'il aurait faite de l'ancien propriétaire, postérieurement à celle du demandeur, ce dernier avait la réplique *rei donatæ* ou *venditæ et traditæ* (Gaïus, C. IV, § 93).

2° Lorsqu'on avait reçu, avec juste titre et de bonne foi, mais *a non domino*, une chose soit *mancipi*, soit *nec mancipi*, on se trouvait *in causa usucapiendi*, et on pouvait, après avoir possédé pendant le temps requis pour l'usucapion, acquérir la propriété quiritaire. Mais, si l'on perdait la possession avant d'avoir usucapé, on ne pouvait exercer l'action civile en revendication. Le préteur a trouvé juste d'accorder à l'ex-possesseur l'action publicienne qui lui permettait de revendiquer la chose des mains des tiers qui s'en étaient emparés sans droit (Instit., § 4, *eod.*). Mais, dans ce cas, l'action publicienne ne produisait pas contre toute personne le même effet que dans le cas précédent. — Si la chose était rentrée en la possession du véritable propriétaire, ce dernier pouvait opposer à l'action publicienne l'exception *justi dominii*, et évitait la condamnation. Il eût été, en effet, contraire à l'équité, partant au but de l'action publicienne, de dépouiller le *justus dominus* au profit d'un ex-possesseur (LL. 16, 17, D., *De*

public. in rem act., liv. VI, tit. II). Si le défendeur était un possesseur qui avait lui-même reçu la chose avec juste titre et de bonne foi, dans le but d'en acquérir le domaine, les jurisconsultes romains faisaient la distinction suivante : — Le défendeur tenait-il la chose du véritable propriétaire ou d'un tiers autre que l'auteur de la première tradition, il pouvait dire à l'ex-possesseur : « Je suis, comme vous, en voie d'usucaper. Comme vous, si je perdais la possession de la chose, je pourrais exercer l'action publicienne. Nous sommes donc dans une situation égale quant au droit. De plus, j'ai sur vous l'avantage de la possession actuelle, or, *in pari causa, melior est causa possidentis* (1). » La prétention du demandeur était justement repoussée. — Au contraire, si le défendeur tenait la chose du même auteur que le demandeur, puisque le défendeur même propriétaire devrait succomber, à plus forte raison ferons-nous succomber le défendeur qui est simplement *in causa usucapiendi*. L'action publicienne assurera l'avantage à l'ex-possesseur sur le possesseur actuel (L. 9, § 4 D., *eod.*).

3° Celui qui, dans les provinces, avait possédé assez longtemps pour être en droit d'opposer l'exception *longi temporis*, pouvait, en cas de perte de sa possession, recourir à l'action publicienne, l'action en revendication lui étant refusée, parce que la prescription n'était pas un mode d'acquisition du droit civil. Quant à celui qui avait reçu un fonds provincial *a non domino*, et qui perdait la possession avant d'avoir pu accomplir le temps nécessaire à la prescription, on lui accordait *utilitatis causa* l'action publicienne qui lui permettait de reprendre la chose des mains de tout autre que du véritable propriétaire (L. 12, § 6, D., *De public. in rem act.*, liv. VI, tit. II).

4° De plus, l'action publicienne remplissait, en droit

1) Il y avait cependant controverse sur ce point entre les jurisconsultes romains. Voy. notamment, L. 31, § 2, D., *De act. empt.*, liv. XIX, tit. I.

prétorien, le même rôle que l'action confessoire en droit civil. Supposons qu'une servitude personnelle prédiale ait été constituée non pas par un mode de droit civil, mais par un mode de droit prétorien. Si une telle servitude est contestée par un tiers, on pourra par l'action *in rem* publicienne la faire reconnaître. De même lorsqu'une servitude a été acquise *a non domino*, si l'acquéreur de cette servitude est troublé par un tiers dans l'exercice de son droit, il pourra exercer contre ce tiers l'action publicienne à l'effet de faire constater son droit (L. 11, § 1, D., *eod.*).

Sous Justinien, il n'y a plus de distinction entre le domaine *quiritaire* et le domaine *bonitaire*, entre les fonds *italiques* et les fonds *provinciaux*, entre les servitudes établies *jure civili* et les servitudes établies *jure prætorio*. Aussi tous les cas d'application de l'action publicienne que nous avons mentionnés ont disparu à l'exception du deuxième cas, c'est-à-dire de celui où l'on aurait reçu une chose *a non domino* en vertu d'un juste titre et avec bonne foi (L. 1, D., *eod.*).

D'ailleurs, sous Justinien, comme du temps de Gaïus, le *dominus* même, à qui la voie de la revendication est ouverte, peut exercer à son gré l'action publicienne. L'intérêt qu'y trouve le *dominus* est que la preuve s'établit plus facilement dans l'action publicienne que dans l'action en revendication. En effet, dans l'action en revendication, le *dominus*, pour triompher contre son adversaire, est tenu de prouver qu'il a le *dominium ex jure Quiritium ;* preuve souvent difficile à faire, car pour cela il faut établir que la chose a toujours été transmise *a domino*, de propriétaire en propriétaire, en remontant ainsi jusqu'au maître originaire. Au contraire, dans l'action publicienne, le demandeur n'a à établir qu'une preuve bien simple : qu'il a reçu et possédé la chose *ex iusta causa*, en vertu d'un juste titre. Quant à sa bonne foi, elle est présumée.

Observation. — L'action publicienne suppose une chose susceptible d'usucapion ou de prescription *longi temporis*; elle ne s'applique pas à une *res furtiva*, ni à une *res vi possessa*, ni à une chose déclarée inaliénable (L. 9, § 5, L. 12, § 4, D., *eod.*).

Durée de l'action publicienne. — L'action publicienne est perpétuelle, et ne s'éteint par aucun laps de temps.

De l'action rescisoire de l'usucapion ou contraire à la publicienne? — Dans l'action publicienne on supposait accomplie une usucapion qui ne l'était pas en réalité. Ici, par une fiction contraire, on supposait non accomplie une usucapion qui l'avait été. Cette action, donnée par suite d'une rescision que le préteur prononçait (*rescissa usucapione*), est appelée par les commentateurs action *rescisoire de l'usucapion* ou *contraire à la publicienne*. Elle avait pour but de permettre à l'ancien propriétaire de revendiquer la chose que cette usucapion lui avait fait perdre d'après la rigueur du droit civil.

Cas d'application de l'action rescisoire. — Il y avait deux cas d'application distincts.

1° Supposons l'ancien propriétaire absent pour de justes motifs, par exemple, pour un service public (*reipublicæ causa*), ou parce qu'il avait été retenu en captivité chez l'ennemi (*in hostium potestate*), et, par cela même, dans l'impossibilité absolue de défendre ses droits, et d'arrêter l'usucapion de sa chose entreprise par un possesseur resté dans la cité (*rem ejus qui in civitate esset usuceperit*); il eût été inique de maintenir cette usucapion. Aussi le préteur est-il venu au secours de l'ex-propriétaire dépouillé par le droit civil en lui permettant de revendiquer la chose (*rescissa usucapione*) comme si l'usucapion n'avait pas été accomplie contre lui (Instit., § 5, *eod.*).

2° Supposons qu'une personne soit en voie d'usucaper la chose d'autrui. Puis elle remet cette chose à un fermier qui continuera de posséder pour elle, et reste longtemps absente pour un motif quelconque. Dans le droit

classique romain, le propriétaire de la chose n'avait aucun moyen d'arrêter une telle usucapion; il ne pouvait agir ni contre l'absent, à cause de son absence, ni contre le fermier, qui n'était qu'un détenteur précaire, l'instrument de la possession d'autrui. Il était donc souverainement juste que le préteur vînt au secours du propriétaire dépouillé par le droit civil, et lui accordât une action en revendication de sa chose, comme si l'usucapion ne se fût pas accomplie. Au temps de Justinien, ce dernier cas d'application était devenu inutile; car cet empereur a permis au propriétaire d'interrompre l'usucapion contre un absent par une requête ou par une protestation authentique présentée soit au président, soit à l'évêque, soit même au défenseur de la cité (L. 2, C., *De annali excep.*, liv. VII, tit. XL).

Durée de l'action rescisoire. — D'après l'Edit, l'action rescisoire devait être intentée dans l'année par l'ex-propriétaire. L'année se composait de jours *utiles*, elle commençait à courir du jour où l'impossibilité d'agir avait cessé (L. 1, § 1, D., *Ex quib. caus. maj.*, liv. IV, tit VI). Justinien a porté à quatre ans *continus* la durée de cette action (L. 7, C., *De temp. in integ. rest.*, liv. II, tit. LIII).

De l'action paulienne. — Cette action, appelée paulienne, du nom de son auteur, le préteur Paulus, était accordée aux créanciers pour faire rentrer dans le patrimoine de leur débiteur les biens aliénés par celui-ci en fraude de leurs droits (1). Elle reposait encore sur une fiction. Le préteur rescindait ces aliénations (*rescissa traditione*), valables selon la rigueur du droit civil, et permettait aux créanciers de revendiquer les choses aliénées frauduleusement comme si elles ne l'avaient pas été, et qu'elles fussent toujours restées dans les biens du débiteur (*rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.* Instit., § 6, *eod.*).

Caractère de l'action paulienne. — C'est une question

(1) Comp. Cod. civ., art. 1167; et Code de commerce, art. 446 et suiv.

très-controversée entre les commentateurs que celle de savoir si l'action paulienne était réelle ou personnelle. Les Institutes (§ 6, liv. IV, tit. VI) nous présentent, il est vrai, cette action comme étant *in rem;* mais dans le Digeste (liv. XLII, tit. VIII, *Quæ in fraud. cred.*), nous trouvons l'action paulienne qualifiée *in personam*. Il nous semble raisonnable d'admettre deux actions pauliennes : l'une *in rem* ne s'appliquant qu'au cas d'aliénation d'objets corporels et aboutissant à une *rei vindicatio;* l'autre *in personam*, s'appliquant à tout acte frauduleux du débiteur, que ce soit une aliénation d'objets corporels, une acceptilation, ou autres remises de dettes, etc.

Suivant toutes probabilités, l'action paulienne *in rem* était la plus ancienne. L'action paulienne *in personam* venue plus tard, et plus fréquemment accordée par le préteur dans le dernier état du droit, a réalisé un progrès sur l'action *in rem* (1).

Quoi qu'il en soit, les mêmes règles s'appliquaient indifféremment à l'une ou à l'autre des deux actions pauliennes.

Sous quelles conditions l'action paulienne était accordée aux créanciers? Sous trois conditions, il fallait : — 1° que les créanciers envoyés en possession des biens de leur débiteur eussent fait procéder à la *bonorum venditio*, et n'eussent pas touché l'intégralité de leurs créances (L. 5, C., *De revoc. his quæ in fraud.*, liv. VII, tit. LXXV); — 2° que l'acte du débiteur eût causé réellement un préjudice aux créanciers (*eventus damni*). Le préjudice devait consister en un appauvrissement, en une diminution du patrimoine du débiteur. Il n'y avait pas préjudice donnant lieu à l'action paulienne, lorsque le débiteur négligeait une occasion de s'enrichir, d'acquérir de nouveaux biens (L. 6, *pr.*, D., *Quæ in fraud. cred.*, liv. XLII,

(1) Telle est du moins l'opinion de MM. Ortolan, t. III, n. 2086; Thézard, p. 328; Labbé, *à son cours*. — Comp. MM. Demangeat, t. II, p. 526 et 527; Van Wetter, t. I, § 222, p. 844.

tit. VIII). Ainsi, quand un débiteur, appelé à recueillir une hérédité ou un legs, refusait l'hérédité ou le legs, ses créanciers, quel que fût le dommage qu'ils en éprouvaient, ne pouvaient faire annuler ce refus. L'article 788 de notre Code civil a adopté une disposition contraire (1); — 3° que l'acte du débiteur eût été fait *in fraudem creditorum*. Les commentateurs ne sont pas d'accord sur le sens de cette expression *in fraudem creditorum*. L'opinion qui tend à prévaloir est celle qui n'exige pas chez le débiteur une intention formelle de nuire à ses créanciers. Il suffisait qu'en accomplissant l'acte dommageable, il eût eu conscience (*animus*) que cet acte le rendrait insolvable, s'il ne l'était pas encore, ou bien augmenterait son insolvabilité, s'il l'était déjà (L. 15, L. 17, § 1, D., *eod.*) (2).

Contre qui se donnait l'action paulienne? — Sous ces conditions, l'action paulienne se donnait contre les tiers qui avaient profité de l'acte accompli frauduleusement par le débiteur. Seulement, lorsque le tiers, qui avait traité avec le débiteur, était son ayant cause à titre onéreux, par exemple un acheteur, il n'était tenu de l'action paulienne qu'autant qu'il avait été *conscius fraudis*, c'est-à-dire qu'il avait su que l'acte devait causer ou augmenter l'insolvabilité du débiteur. Si donc le tiers avait agi de bonne foi, il échappait à l'action paulienne (L. 5, C., *De revoc. his quæ in fraud.*, liv. VII, tit. LXXV). — Lorsque le tiers qui avait traité avec le débiteur était son ayant cause à titre gratuit, par exemple un donataire, l'action paulienne réussissait contre lui sans qu'il y eût à distinguer s'il avait

(1) Les créanciers de celui qui renonce au préjudice de leurs droits peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place. — Dans ce cas, la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers, et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances ; elle ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé. (Art. 788, C. civ.) — V. aussi des dispositions semblables dans les art. 622 et 1053 du même Code.

(2) Telle est la doctrine enseignée par MM. Demangeat, t. II, p. 528; Van Wetter, t. I, § 222, p. 840 et 841; Labbé, *à son cours*. — La loi *Ælia Sentia* nous a présenté l'application des mêmes principes. Voy. *supra*, liv. I, tit. VI, p. 34 et suiv.

été ou non *conscius fraudis;* toutefois, l'action paulienne ne se donnait contre l'ayant cause à titre gratuit qui avait traité de bonne foi que jusqu'à concurrence du profit retiré (L. 6, § 11, D., *eod.*).

A quelles personnes appartenait l'action paulienne? — Elle appartenait à tous les créanciers dont la créance était *antérieure* à l'acte dont ils se plaignaient. Ceux dont la créance était *postérieure* n'étaient point admis à l'attaquer. A quel titre, en effet? Cet acte ne leur a causé aucun préjudice; il n'a pas été fait en fraude de leurs droits, puisque leurs droits n'existaient pas encore à l'époque où il est intervenu. — Une exception devait cependant être faite pour le cas de subrogation de nouveaux créanciers aux droits des créanciers antérieurs (L. 10, § 1, D., *eod.*) (1).

De l'action servienne et de l'action quasi-servienne ou hypothécaire. — L'action servienne, introduite par le préteur Servius, avait pour but de permettre au propriétaire d'un héritage rural la revendication contre tout possesseur des objets que le fermier avait affectés à la sûreté des fermages (*quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur*) (Instit., § 7, liv. IV, tit vi). — Remarquons que, pour que cette action pût être exercée par le propriétaire du fonds, il n'était pas nécessaire que les choses affectées au prix du fermage eussent été apportées dans la ferme; il suffisait, en effet, d'une simple convention, indépendamment de toute tradition.

Qu'est-ce que l'action quasi-servienne ou hypothécaire? — L'application de l'action servienne se généralisa. On admit que le propriétaire d'un héritage urbain (*prædium urbanum*) pourrait, sans qu'il y eût convention à cet égard,

(1) *Sic*, MM. Demangeat, t. II, p. 528; Labbé, *à son cours*. — Mais la révocation résultant de l'action paulienne profitait-elle à tous les créanciers du débiteur, sans distinction aucune, ou seulement aux créanciers vis-à-vis desquels a existé l'*animus fraudandi?* La question est très-controversée. M. Labbé est d'avis que le bénéfice de la révocation devait s'étendre même aux créanciers dont la créance était postérieure à l'acte frauduleux (L. 10, § 1, D., *Quæ in fraud. cred.*; liv. XLII, tit. VIII.)

par conséquent tacitement, réclamer contre tout possesseur les objets qui auraient été apportés par le locataire pour garnir les lieux loués (*invecta et illata*). Mais alors l'action s'appelait *quasi-servienne*. On appliqua la même action *quasi-servienne* à tous les cas où, par la seule convention et sans qu'il y eût tradition, un débiteur affectait une chose quelconque, mobilière ou immobilière, comme garantie de sa dette. Ainsi l'hypothèque se distinguait du gage (1), en ce qu'elle n'exigeait pas de translation de possession (Instit., § 7, *eod.*). — L'action quasi-servienne se nommait indifféremment action servienne *utile*, *hypothecaria* ou *pigneratitia in rem* (2).

Quelles choses pouvaient être hypothéquées? — Tous les biens meubles ou immeubles susceptibles d'être vendus pouvaient être hypothéqués. A la différence des règles de notre droit, d'après lesquelles une hypothèque conventionnelle ne saurait frapper que les biens *présents* (3), la convention d'hypothèque pouvait, dans le droit romain, s'étendre sur les biens *à venir*. Lorsque le débiteur acquérait un bien, ce bien était à l'instant même frappé de l'hypothèque.

Quels étaient les effets du droit d'hypothèque? — Les principaux effets du droit d'hypothèque étaient de permettre au créancier de faire vendre l'objet hypothéqué, à défaut de paiement de sa créance à l'échéance, et d'être payé sur le prix de préférence aux autres créanciers. Lorsque plu-

(1) Voy. *supra*, liv. III, tit. XIV, p. 377 et suiv.

(2) La constitution de l'hypothèque n'était soumise par le préteur à aucune condition de publicité. « Celui qui recevait une hypothèque, dit M. Machelard (*Text. de dr. rom.*, 2e part., *Sur les hypothèques*, p. 444), n'avait d'autre garantie que la bonne foi de son débiteur, pour s'assurer que son droit n'était pas illusoire à raison de l'existence d'hypothèques antérieures... On se contentait de punir sévèrement, sous le nom de stellionnat, la dissimulation du débiteur; de frapper des peines du faux l'antidate en matière d'hypothèque. » Au Bas-Empire une constitution de l'empereur Léon est venue tardivement porter un remède à ce vice essentiel (L. 11, C., *Qui pot.*, liv. VIII, tit. XVIII). — Notre Code civil a soigneusement organisé la publicité des hypothèques, art. 2146 et suiv.

(3) Voy. C. civ., art. 2129 et suiv.

sieurs droits d'hypothèque concouraient sur le même objet, la plus ancienne hypothèque était préférée à la plus récente. C'est en cela que consistait le *privilegium temporis* (1).

Des hypothèques tacites ou légales. — Les principales hypothèques tacites ou légales étaient : — 1° celle du propriétaire d'un héritage rural sur les récoltes du fonds ; — 2° celle du propriétaire d'un fonds urbain sur tous les objets qui ont été apportés par le locataire (*inquilinus*) pour garnir les lieux loués (*invecta et illata*) ; — 3° celle du fisc sur les biens de son débiteur ; — 4° celle des mineurs de vingt-cinq ans sur les biens de leurs tuteurs et curateurs ; — 5° celle des légataires sur les biens de la succession ; — 6° celle de la femme mariée pour la reprise de sa dot (2).

Actions in personam prétoriennes.

Les Institutes ne nous citent comme exemples d'actions *in personam* prétoriennnes que les actions — *constitutæ pecuniæ*, — *ex jurejurando*, — *de peculio*. Nous nous occuperons de l'action *de peculio* dans le titre suivant : bornons-nous ici à l'examen des actions *constitutæ pecuniæ* et *de jurejurando*.

De l'action constitutæ pecuniæ. — On appelait *pacte de constitut* la convention par laquelle une personne promettait sans stipulation (*nulla stipulatione interposita*), de payer à une autre une dette qui existait déjà soit civilement, soit même naturellement. On pouvait promettre ainsi pour soi-même ou pour autrui (*pro se vel pro alio soluturos se*. Instit., § 9, liv. IV, tit. VI) (3). La dénomination de constitut donnée à ce pacte venait de ce que le promettant s'engageait à payer à jour fixe, *consti-*

(1) Voy. C. civ., art. 2134 et suiv.

(2) Certaines hypothèques étaient *privilégiées*, c'est-à-dire prenaient le premier rang, malgré la postériorité de la créance. Telle était, par exemple, l'hypothèque de la femme pour la sûreté de la restitution de sa dot. Voy. *infra*, p. 609. — Comp. C. civ., art. 2135-2°.

(3) Le constitut de la dette d'autrui est un véritable cautionnement.

tuebat diem quo soluturus esset, et l'action qui en naissait prenait le nom d'action *constitutoria* ou *pecuniæ constitutæ* (1).

Cette action *pecuniæ constitutæ* avait été introduite par imitation d'une action civile appelée *receptitia* (2).

Qu'est-ce que l'action receptitia? — L'action *receptitia*, action personnelle civile, n'avait d'application que dans un cas spécial, celui où un banquier (*argentarius*) avait promis de payer une dette, bien entendu sans intervention de stipulation (Instit., § 8, *eod.*).

Différences entre l'action receptitia et l'action pecuniæ constitutæ. — 1° L'action *receptitia* ne pouvait être donnée que contre une catégorie de personnes, contre les *argentarii*. L'action *pecuniæ constitutæ* pouvait exister contre toute personne (*cum omnibus agitur*) (Instit., § 9, *eod.*).— 2° L'action *receptitia* s'appliquait à toute sorte d'objets. L'action *pecuniæ constitutæ* ne s'appliquait qu'aux choses s'appréciant au poids, au nombre, ou à la mesure (*res quæ pondere, numero, mensura consistunt*) (L. 2, *pr.*, C., *De const. pec.*, liv. IV, tit. XVIII). — 3° L'action *receptitia* se donnait soit qu'il y eût eu ou non dette préexistante. En effet, une fois que l'*argentarius* avait promis de payer une dette, il n'était plus admis à discuter la validité de la dette qu'il avait garantie. L'action *constitutæ pecuniæ* supposait toujours une obligation préexistante, et une obligation valable. Le préteur permettait à celui qui s'était engagé par un pacte de constitut de discuter la validité de la dette. Il est bon de remarquer que, pour servir de base à un constitut, une obligation naturelle suffisait. — 4° L'action *receptitia* était perpétuelle. L'action *constitutæ pecuniæ* était annale (L. 2, *pr.*, C., *eod.*).

(1) Consultez, *sur les effets du pacte de constitut*, l'intéressante dissertation de M. Bodin, professeur de droit romain à la faculté de Rennes, *Revue historique de droit français et étranger*, t. XII, année 1866, p. 209 et suiv.

(2) *Receptitia* vient de *recipere*, synonyme de *constituere*, prendre jour pour le payement.

Fusion de l'action receptitia et de l'action pecuniæ constitutæ. — Justinien a confondu complétement les deux actions en supprimant la dénomination de *receptitia* (Instit., § 8, *eod.*).

La nouvelle action *constitutæ pecuniæ* a emprunté à l'action *receptitia* les deux caractères suivants : — 1° elle est perpétuelle; — 2° elle s'applique à toute espèce de dettes, que ces dettes soient de quantité ou de corps certain.

Elle a emprunté à l'ancienne action *constitutæ pecuniæ* les deux caractères suivants : — 1° elle doit être nécessairement fondée sur une dette préexistante et valable soit civilement, soit au moins naturellement; — 2° elle se donne contre toute personne (L. 2, C., *eod.*).

Bien que l'idée de constitut impliquât ordinairement la fixation d'un terme pour l'exécution de la promesse, cependant l'absence d'un délai ne viciait pas le pacte; la jurisprudence admettait alors de droit un terme de dix jours (L. 21, § 1, D., *De pec. constit.*, liv. XIII, tit. v).

De l'action de jurejurando. — Lorsque, en dehors de toute instance, les parties qui avaient entre elles un sujet de contestation et qui n'avaient aucun autre moyen d'établir leurs prétentions réciproques, convenaient, pour terminer leur différend, de s'en rapporter à la foi du serment, cette convention ne constituait qu'un simple pacte que ne protégeait pas le droit civil; mais le préteur l'a confirmée en créant à cet effet l'action *de jurejurando.* Dans cette action le juge n'avait pas à examiner si le droit du demandeur était réellement fondé, mais s'il y avait eu ou non serment régulièrement prêté (Instit., § 11, liv. IV, tit. vi).

Ce serment, qui pouvait produire une action, pouvait aussi, selon les cas, donner lieu soit à un refus d'action, soit à une exception *de jurejurando* en faveur du débiteur (L. 9, *pr.*, D., *De jurej.*, liv. XII, tit. ii).

Ce serment que la partie à laquelle il était déféré était

libre de refuser, sans que sa cause fût pour cela compromise, s'appelait pour cette raison serment *volontaire* (L. 17, *pr.*, D., *eod.*).

Outre le serment volontaire, il existait encore diverses autres sortes de serment : — 1° celui qui était déféré ou référé par les parties l'une à l'autre (*in jure*) devant le préteur et qui s'appelait serment *nécessaire* parce que celui à qui il était référé ne pouvait le refuser qu'en perdant son procès (L. 34, § 6, D., *eod.*) (1) ;—2° celui qui était déféré ou référé par les parties l'une à l'autre (*in judicio*) devant le juge, ou celui que le juge déférait lui-même, pour s'éclairer, à l'une quelconque des parties et qui s'appelait serment *judiciaire* (2). Ces deux espèces de serment ne donnaient point lieu à l'action prétorienne ni à l'exception *de jurejurando.*

DES ACTIONS PRÉJUDICIELLES

Les actions préjudicielles étaient rangées dans la classe des actions réelles (*præjudiciales in rem esse videntur actiones*) (Instit., § 13, liv. IV, tit. VI).

Qu'entendait-on par actions préjudicielles ? — C'étaient celles dans lesquelles il s'agissait d'obtenir, uniquement par décision judiciaire, la constatation d'un état ou d'un fait, constatation dont on ne prétendait faire résulter aucune condamnation immédiate, mais dont on se proposait de tirer un avantage ultérieur. Sous le système formulaire, l'action préjudicielle ne renfermait qu'une *intentio* et pas de *condemnatio;* aussi la mission du juge consistait uniquement à résoudre la question posée dans l'*intentio* (Gaïus, C. IV, § 44).

(1) C'est le serment *décisoire* de notre législation. Voy. Cod. civ., art. 1358 et suiv.

(2) Il y avait une espèce particulière de *jusjurandum judiciale*, c'était le serment que le juge déférait au demandeur dans certains cas pour estimer le montant de la condamnation à prononcer (D., *De in lit. jur.*, liv. XII, tit. III).

Quelles étaient les principales actions préjudicielles ? — Du temps de Gaïus on citait, comme exemples d'actions préjudicielles : — 1° l'action donnée pour faire constater le montant de la dot (*quanta dos sit*), avant d'en réclamer la restitution (Gaïus, C. IV, § 44); — 2° l'action donnée pour savoir si le créancier qui avait reçu comme sûreté d'une dette principale des *sponsores* ou des *fidepromissores*, leur avait déclaré ce qui lui était dû et le nombre des cautions qu'il voulait recevoir (Gaïus, C. III, § 123) (1).

Les Institutes ne nous parlent pas de ces deux actions préjudicielles ; elles ne s'occupent que des actions préjudicielles relatives au *status*, c'est-à-dire à l'état des personnes.

Il y avait trois sortes d'actions préjudicielles concernant l'état des personnes: — l'une relative à la liberté; — l'autre relative à l'ingénuité ; — enfin la troisième relative à la question de filiation et de paternité.

Toutes les actions préjudicielles, moins celle relative à la liberté, étaient d'origine prétorienne (Instit., § 13, *eod.*).

Action préjudicielle relative à la liberté ou causa liberalis. — Cette action, la seule qui fût civile, était employée soit qu'il s'agît de faire déclarer quelqu'un esclave, soit qu'il s'agît de le faire déclarer libre. Dans ce procès, l'individu dont la liberté était en question ne figurait ni comme demandeur ni comme défendeur; il était représenté par un *assertor libertatis*.

A qui incombait la preuve de la liberté? A celui qui prétendait droit à un état contraire à l'état de fait existant au début du procès. Ainsi l'esclave qui se proclamait homme libre, *partes actoris sustinebat*, et devait prouver sa liberté. Réciproquement celui qui réclamait un homme libre comme esclave devait établir ses droits de propriété (L. 7, § 5, D., *De lib. caus.*, liv. XI, tit. XII).

(1) Voy. *supra*, liv. III, tit. XX, p. 447 et suiv.

Durant le procès, l'individu dont l'état était en question jouissait toujours d'une liberté de fait ; il était *in libertate* (L. 14, C., *De lib. caus.*, liv. VII, tit. XVI).

Lorsque le juge s'était prononcé une fois contre la liberté, la question n'était pas définitivement jugée ; elle pouvait être renouvelée une seconde et même une troisième fois par d'autres *assertores libertatis*. Au contraire, lorsque le procès s'était terminé en faveur de la liberté, il y avait chose irrévocablement jugée entre les mêmes parties (L. 1, *pr.*, C., *De ads. toll.*, liv. VII, tit. XVII).

Justinien a supprimé l'*assertor libertatis* en autorisant l'homme litigieux à figurer dans l'instance, soit comme demandeur, soit comme défendeur ; de plus ce prince a décidé que le jugement favorable ou non à la liberté serait définitif et irrévocable (L. 1, C., *De ads. toll.*, liv. VII, tit. XVII).

Action préjudicielle relative à l'ingénuité ? — Ulpien nous indique (L. 6, D., *Si ingenuus esse dicatur*, liv. XL, tit. XIV) deux cas dans lesquels il y avait lieu à l'application du *præjudicium ingenuitatis :* — 1° lorsqu'il s'agissait de savoir si un individu était ingénu ou affranchi ; — 2° ou bien lorsqu'il s'agissait de savoir si tel individu qui convenait qu'il était affranchi, avait pour patron telle ou telle personne.

Il y avait lieu ici à l'application des règles de la *causa liberalis* relative à la preuve (1).

Action préjudicielle relative à la question de filiation et de paternité. — Cette action s'appelait ordinairement action *de partu agnoscendo*. Le juge pouvait avoir à se prononcer sur les questions suivantes : — l'enfant né après un divorce est-il du mari d'avec lequel la femme a divorcé ? Et d'une façon plus générale : l'enfant né du-

(1) *Sic*, sur cette question controversée, MM. Demangeat, t. II, p. 556 et suiv. ; Zimmern, *Tr. des act.*, traduct. de M. Etienne, p. 209 et 210 ; de Keller, *Des actions*, traduct. de M. Ch. Capmas, § 38, p. 169 ; Van Wetter, t. II, § 301 *bis*, p. 205 ; Labbé, *à son cours*.

rant le mariage a-t-il réellement pour père le mari de la femme ? — Ou bien encore : la femme que tel enfant revendique pour sa mère est-elle réellement accouchée de cet enfant, etc. ?

Contestation de l'état d'une personne après la mort de cette personne. — On pouvait contester l'état d'une personne même après sa mort ; mais les empereurs Claude et Nerva ont décidé que l'état, dont un défunt avait été en possession au moment de sa mort, ne pourrait être contesté que pendant cinq ans, si on voulait lui faire attribuer une condition moins avantageuse (D., *Ne de stat. defunct....*, liv. XL, tit. XV).

DES ACTIONS MIXTES, TAM IN REM, QUAM IN PERSONAM

Cette dénomination d'actions mixtes n'était donnée par les textes qu'aux trois actions *communi dividundo, familiæ erciscundæ, finium regundorum* (Instit., § 20, liv. IV, tit. VI).

Qu'était-ce que l'action communi dividundo ? — Cette action était donnée entre communistes et copropriétaires pour le partage de la chose indivise.

Qu'était-ce que l'action familiæ erciscundæ ? — Cette action était donnée entre cohéritiers pour le partage de la succession.

Qu'était-ce que l'action finium regundorum ? — Cette action était donnée entre propriétaires voisins pour déterminer les limites séparatives de leurs héritages. En droit moderne, cette action s'appelle action *en bornage*.

Dans ces trois actions le juge se trouvait investi d'un double pouvoir : 1° de condamner ; 2° d'adjuger, c'est-à-dire de transférer la propriété par une adjudication (1).

(1) Remarquons que la formule de ces trois actions renfermait une partie qui ne se rencontrait dans aucune autre formule, c'était l'*adjudicatio* (Gaïus, C. IV, § 42).

En quel sens les Institutes ont-elles pu dire que ces actions étaient tam in rem quam in personam ou mixtes? — Les commentateurs ne sont point d'accord sur ce point. Quatre principales explications ont été proposées et toutes soulèvent de sérieuses objections. — *Première explication.* On dit : ces actions avaient un caractère *mixte*, en ce sens que chacune des parties jouait un double rôle, de demandeur et de défendeur à la fois. Le juge pouvait prononcer des condamnations aussi bien contre le demandeur que contre le défendeur, par exception aux cas ordinaires où le défendeur seul pouvait être condamné. On se fonde sur ce passage d'Ulpien : *Mixtæ actiones in quibus uterque actor est : utputa,* etc. (L. 37, § 1, D., *De oblig. et act.*, liv. XLIV, tit. VII). Les mots *tam in rem quam in personam* indiquent qu'il y avait des actions présentant ce caractère, tant parmi les actions *in rem* que parmi les actions *in personam* (1). Mais cette explication est tombée devant l'impossibilité où l'on a été de citer des actions *in rem* qui eussent de l'analogie avec les trois actions *communi dividundo, familiæ erciscundæ, finium regundorum.* — *Deuxième explication.* Les trois actions *communi dividundo, familiæ erciscundæ, finium regundorum* étaient *mixtes* en ce sens que c'étaient les seules actions dans lesquelles il pût y avoir à la fois *adjudication* et *condamnation* (2). — *Troisième explication.* Dans la dénomination d'actions *tam in rem quam in personam*, il faut voir cette idée bien simple que celui qui intentait les actions en question se fondait sur un double droit : d'abord, sur un droit réel d'hérédité ou de copropriété, comme dans l'action réelle, ensuite sur un droit d'obligation comme dans l'action personnelle. Le juge, bien que sa mission essen-

(1) *Sic*, M. Thézard, *op. cit.*, p. 318 et 319.
(2) Voy., en ce sens, MM. Walter, *Hist. de la proc. des Romains*, traduct. de M. Laboulaye, ch. III, p. 35; Ducaurroy, t. III, n. 1209 et suiv.; Bonjean, *Encycl. cath.*, v° *Action*, p. 254 et suiv.; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. II, § 348; E. Naquet, *Caractères des actions mixtes*, Rev. de législ., 1873, p. 484 et suiv.

tielle fût de statuer sur la question d'obligation (ce qui faisait donner aux actions dont il s'agit la qualification d'actions *in personam*), était cependant autorisé à statuer en même temps et par la force des choses sur la question de propriété (1). Mais alors la pétition d'hérédité et la revendication seraient aussi des actions mixtes : ce qui n'est pas admissible.—*Quatrième explication.* Les actions en question seraient *mixtes* au point de vue de la rédaction de la formule. Elles sont personnelles par leur *intentio*, et réelles par l'*adjudicatio* qui ne contient pas le nom de toutes les parties. Voilà d'où est venue la qualification d'actions mixtes à la fois *in rem* et *in personam*. Cette explication, qui est la plus simple, nous paraît la plus satisfaisante (2).

TROISIÈME DIVISION

Actions in jus, actions in factum.

Qu'entendait-on par action in jus ? — L'action *in jus* était celle où une question de droit était agitée (*de jure quæritur*. Gaïus, C. IV, §§ 45, 47), c'est-à-dire où le demandeur réclamait l'application du droit civil à son profit.

Ainsi, en matière de dépôt, voici la formule *in jus* : « *Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, id judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato..., si non paret, absolvito* » (Gaïus, C. IV, § 47).

(1) Telle nous paraît être l'explication donnée par MM. Ortolan, t. III, n. 2149 et suiv.; Domenget, p. 476 et suiv.; Namur, 2e édit., t. II, § 504, p. 305. — Comp. MM. Demangeat, t. II, p. 573 et 574; de Keller, *Des actions*, traduct. de M. Ch. Capmas, § 87, p. 423; Goudsmit, *Cours des pand.* (traduct. de M. Wuylsteke), § 88, p. 245, note 3.

(2) *Sic*, MM. Etienne, t. II, p. 431 et suiv.; de Savigny, *System*, t. V, § 246; de Fresquet, t. II, p. 431 et 432; Van Wetter, t. II, § 274, p. 413 et 414.

Qu'entendait-on par action in factum ? — L'action *in factum* était celle où la décision du procès dépendait d'un fait que le préteur indiquait dans la formule et que le juge était chargé de vérifier; elle dérivait du droit prétorien qui l'avait établie pour combler les lacunes du droit civil.

Voici toujours, en matière de dépôt, la formule *in factum* : « *Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato ; si non paret, absolvito* » (Gaïus, C. IV, § 47) (1).

Comme on le voit par ces exemples, l'action *in jus* avait trois parties : la *demonstratio*, l'*intentio* et la *condemnatio*. Dans l'action *in factum*, au contraire, la *demonstratio* se confondait avec l'*intentio* pour former la première partie de la formule qui était immédiatement suivie de la *condemnatio*.

Corrélation entre les actions in jus et in factum et les actions civiles et prétoriennes. — Toutes les actions civiles étaient des actions *in jus*, mais toutes les actions prétoriennes ne constituaient pas des actions *in factum*. En général, les actions prétoriennes données pour étendre l'application d'une règle de droit civil à une hypothèse nouvelle, étaient rédigées *in jus* : par exemple, l'action publicienne, créée par le préteur, était une action *in jus* (Gaïus, C. IV, § 36).

Intérêt de cette division des actions. — Il y avait intérêt à divers points de vue. Ainsi, notamment : — 1° un fils de famille ne pouvait pas intenter d'actions *in jus*. Les principes du droit civil s'y opposaient: car c'était le

(1) Consultez la dissertation de M. Alb. Desjardins, agrégé à la Faculté de droit de Paris, sur *les deux formules des actions depositi et commodati*. Rev. histor. de dr. franç. et étrang., t. XIII, année 1867, p. 122.

père de famille qui était devenu créancier et non le fils. Il pouvait, au contraire, faire usage des formules *in factum* (L. 13, D., *De oblig. et act.*, liv. XLIV, tit. VII). — 2° les actions *in jus* étaient, en général, perpétuelles, à la différence des actions *in factum* qui étaient annales (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. XII) (1).

Observation. — Les mots *in factum* ont été employés dans un sens différent de celui que nous venons d'indiquer. Ainsi, on voit fréquemment figurer dans les textes l'action *præscriptis verbis* sous la dénomination d'action *in factum præscriptis verbis*, et quelquefois même d'action *in factum* tout court. Cependant il faut bien se garder de confondre l'action *præscriptis verbis* avec l'action *in factum* ordinaire. La formule de l'action *præscriptis verbis* était conçue *in jus;* seulement, comme il n'y avait pas de *nomen* à indiquer dans la *demonstratio*, la *demonstratio* commençait par l'exposé des faits qui avaient produit l'obligation : d'où est venu le nom d'action *in factum* appliqué à l'action *præscriptis verbis* (2).

QUATRIÈME DIVISION

Actions persécutoires de la chose, persécutoires de la peine, persécutoires de la chose et de la peine ou mixtes.

Cette division des actions était déduite du but que l'on se proposait d'atteindre (Instit., § 16, *eod.*).

Qu'entendait-on par actions persécutoires de la chose? — On appelait actions *rei persequendæ causa* celles qui avaient pour but de maintenir l'intégrité du patrimoine de chacun ou de la rétablir, si elle avait été détruite.

(1) M. Thézard indique deux autres différences importantes (*op. cit.*, p. 331 et 332).

(2) Voy., sur l'action *in factum præscriptis verbis*, ci-dessus, liv. III, tit. XXVI, p. 482 et suiv.

Quelles étaient les principales actions persécutoires de la chose? — On peut citer toutes les actions *in rem*, et presque toutes les actions *in personam* qui naissent des contrats, par exemple du *mutuum*, de la stipulation, du commodat, du dépôt, du mandat, de la société, de la vente, du louage (Instit., § 17, *eod.*).

Qu'entendait-on par actions persécutoires de la peine? — On appelait actions *pœnæ persequendæ causa* celles qui avaient pour but de procurer au demandeur un enrichissement, et d'infliger au défendeur une diminution de son patrimoine.

Quelles étaient les principales actions persécutoires de la peine? — On peut citer l'action de vol manifeste ou non manifeste, l'action *de albo corrupto*, etc. (Instit., §§ 12, 18, *eod.*).

Qu'entendait-on par actions mixtes ou persécutoires de la chose et de la peine? — On appelait actions *mixtes, tam pœnæ quam rei persequendæ*, celles qui avaient pour but tout ensemble de maintenir l'intégrité du patrimoine du demandeur, ou de la rétablir si elle avait été détruite, et d'infliger au défendeur une diminution de son patrimoine au profit de l'autre partie.

Quelles étaient les principales actions mixtes? — Les Institutes nous en citent de nombreux exemples. Étaient mixtes : — l'action *bonorum vi raptorum* par laquelle on obtenait une fois la valeur de la chose, à titre de *rei persecutio*, et trois fois cette même valeur, à titre de peine; — l'action de la loi *Aquilia*, non-seulement quand elle était donnée au double contre celui qui avait dénié le dommage (*adversus inficiantem*), mais encore lorsqu'elle était donnée au simple (Instit., § 19, *eod.*); — toutes les actions qui se donnaient au double en cas de dénégation de la part du défendeur (Instit., § 17, *eod.*); — enfin, dans le droit de Justinien, l'action donnée au double contre celui qui, chargé de l'acquittement d'un legs ou d'un fidéicommis au profit d'une église ou de tout autre éta-

blissement pieux, aurait attendu, pour exécuter son obligation, qu'on le citât en justice (Instit., § 19, *eod.*).

Quel était l'intérêt de cette division des actions? — L'intérêt se présentait à deux points de vue principaux, savoir : — 1° *Au point de vue du concours de plusieurs actions.* Lorsqu'un même fait donnait naissance à plusieurs actions *rei persequendæ*, le demandeur ne pouvait obtenir qu'une fois la valeur de ce qu'il avait perdu. Ainsi, lorsqu'un vol était commis, la personne volée avait deux actions *rei persequendæ*, à son choix, la revendication et la *condictio furtiva*. Si au moyen de la revendication elle avait obtenu la valeur de sa chose, elle ne pouvait plus l'obtenir une seconde fois par la *condictio furtiva*. Au contraire, lorsqu'un même fait donnait naissance à plusieurs actions pénales, le demandeur pouvait cumuler le bénéfice des condamnations auxquelles aboutissaient ces diverses actions (Instit., § 8, liv. IV, tit. I). De même, pour le cas où il y avait plusieurs défendeurs tenus d'un même fait. Si l'action était *rei persequendæ*, le demandeur qui avait obtenu de l'un des défendeurs la réparation du dommage qu'il avait éprouvé, ne pouvait rien demander aux autres. Au contraire, si l'action était *pœnæ persequendæ*, le demandeur avait une action *in solidum* contre chaque délinquant en particulier : il pouvait donc obtenir autant de fois le montant de la peine qu'il y avait de délinquants (1). — 2° *Au point de vue de la transmissibilité*

(1) Il n'en était d'ailleurs ainsi qu'autant qu'il s'agissait d'une action pénale *bilatérale*, c'est-à-dire de celle qui se traduisait en un enrichissement pour le demandeur, et en un appauvrissement pour le défendeur; par exemple, de l'action *furti* (L. 1, C., *De condict. furt.*, liv. IV, tit. VIII). — L'action pénale *unilatérale*, c'est-à-dire celle qui diminuait le patrimoine du défendeur sans enrichir le demandeur, était, au contraire, régie par les mêmes principes que l'action *rei persequendæ*. Les codélinquants étaient bien tenus solidairement, mais le paiement fait par l'un d'eux libérait tous les autres (L. 17, *pr.*, D., *De dol. mal.*, liv. IV, tit. III). Il y avait toutefois une exception pour l'action de la loi *Aquilia* qui, bien qu'unilatérale, pouvait donner lieu à autant de condamnations que d'individus ayant participé à la faute (L. 51, D., *Ad leg. Aquil.*, liv. IX, tit. II.)

des actions. Les actions *rei persequendæ* étaient données contre les héritiers du défendeur. Au contraire, les actions pénales s'éteignaient avec la personne du délinquant (Instit., § 1, liv. IV, tit. XII) (1).

CINQUIÈME DIVISION

Actions au simple, — au double, — au triple, — au quadruple.

Cette division des actions était fondée sur le rapport mathématique qui existait entre le fond de la demande et le montant de la condamnation. Le fond de la demande, c'était l'intérêt réel du demandeur au procès, la valeur du dommage qu'il prétendait avoir éprouvé. Telle était l'unité qui, multipliée par deux, par trois ou par quatre, formait les actions au double, au triple ou au quadruple. Sous le système de la procédure formulaire, l'unité était la valeur indiquée dans l'*intentio* de la formule ; si bien que, pour savoir si une action était donnée au double, au triple ou au quadruple, il suffisait de comparer l'*intentio* et la *condemnatio*.

Observation.—Il paraît certain qu'aucune action n'était donnée au quintuple (Instit., § 21, liv. IV, tit. VI).

Actions au simple. — On agissait au simple dans les actions résultant de la stipulation, du prêt, de la vente, du louage, du mandat, en général, dans toutes les actions persécutoires de la chose. L'action d'injure, quoique pénale, était au simple, ainsi que toutes celles dont la condamnation était déterminée (*certa*) (Instit., § 22, *eod.*).

Actions au double. — On agissait au double, par exemple, dans les actions de vol non manifeste, de la loi *Aquilia*, de dépôt nécessaire (*depositi ex quibusdam casi-*

(1) Voy. *infra*, liv. IV, tit. XII, p. 641.

bus), ainsi que dans celles en corruption d'esclave (*de servo corrupto*) et en paiement des legs faits à des établissements religieux (Instit., § 23, *eod.*).

Parmi les actions au double, les unes, comme l'action de vol non manifeste, et l'action en corruption d'esclave, se donnaient *toujours* au double, *omnimodo dupli sunt*. Les autres, comme l'action de la loi *Aquilia*, et l'action de dépôt nécessaire, ne s'élevaient au double qu'en cas de dénégation du défendeur (*inficiatione duplicantur ; in confitentem autem in simplum dantur*). Quant à l'action en paiement des legs ou fidéicommis faits à des établissements religieux, elle ne se donnait au double qu'en cas de retard apporté à l'exécution de ces legs ou fidéicommis (Instit., §§ 19, 26, *eod.*).

Actions au triple.—Dans l'ancien droit, les actions *furti concepti* et *furti oblati* étaient données au triple (1). Sous Justinien, ces actions ont disparu. Les Institutes ne nous donnent qu'un exemple d'action au triple : celui où le demandeur, dans un acte de citation (*in libello conventionis*), a réclamé plus qu'il ne lui était dû, afin que les huissiers (*viatores, id est executores litium*) pussent exiger un salaire plus élevé. Le défendeur, au moyen d'une *condictio ex lege*, pouvait obtenir trois fois la valeur du dommage qu'il avait éprouvé. Mais dans ce triple le dommage était compris pour une fois, en sorte que la peine n'était que du double (Instit., § 24, *eod.*).

Actions au quadruple.—On agissait au quadruple dans les actions de vol manifeste, et *quod metus causa*, ainsi que dans celle relative aux sommes payées pour déterminer quelqu'un à susciter ou à abandonner un procès fait par chicane ; il en était encore de même dans la condiction légale établie par Justinien contre les huissiers qui ont exigé des parties plus que ne permet le tarif (Instit., § 25, *eod.*). — Toutefois l'action *quod metus causa* (2) se

(1) Voy. *supra*, liv. IV, tit. I, p. 527.
(2) V. *infra*, les développements sur les *actions arbitraires*, p. 640 et s.

distinguait des autres actions au quadruple, en ce que la nature de cette action permettait au juge d'absoudre le défendeur qui sur son ordre (*jussu judicis*) consentait à remettre les choses au même état qu'avant la violence. Il n'en était pas ainsi dans les autres actions où le demandeur était toujours condamné au quadruple (*omnimodo quisque in quadruplum condemnatur*) (Instit., § 27, *eod.*).

SIXIÈME DIVISION

Actions de droit strict, actions de bonne foi, actions arbitraires.

Cette division des actions fondées sur l'étendue des pouvoirs du juge était loin d'être aussi générale que les précédentes. La distinction des actions de *bonne foi* et de *droit strict* s'appliquait exclusivement aux actions *in personam* nées du commerce régulier de la vie civile (*actiones ex contractu* et *quasi ex contractu*) et qui, de plus, étaient *in jus conceptæ*, c'est-à-dire pourvues d'une *juris civilis intentio* (1); et, quoique la catégorie des *arbitrariæ actiones* comprît aussi bien des actions réelles que des actions personnelles, elle était loin d'embrasser toutes les actions non comprises dans la classe des actions de bonne foi et de droit strict.

Qu'entendait-on par actions de droit strict? — Les actions de droit strict (*stricti juris actiones, stricti juris judicia, stricta judicia* ou *judicia* tout simplement parce qu'on y nommait un *judex*), étaient celles dans lesquelles le juge, étroitement circonscrit par la formule, devait statuer d'après la rigueur des principes du droit civil, sans s'arrêter aux considérations d'équité, sans même prendre directement en considération la volonté des contractants.

Qu'entendait-on par actions de bonne foi? — Les ac-

(1) Voy., à cet égard, M. de Keller, *Des actions*, traduct. de M. Ch. Capmas, § 88, p. 434.

tions de bonne foi (*bonæ fidei actiones*) étaient celles dans lesquelles le juge devait régler le différend d'après l'équité et la bonne foi, sans s'attacher à la rigueur des principes *du droit civil*. On appelait ces actions, actions de bonne foi, parce que leur formule contenait, ajoutés à la question de droit qu'elle posait; les mots *ex fide bona*, — *ut inter bonos bene agier*, — *quid æquius melius*, ou autres équivalents (Cicéron, *Top.*, n° 17 *in fine*).

Différences entre les actions de bonne foi et les actions de droit strict.—Il y avait neuf différences importantes : — 1° Les actions de bonne foi s'attachaient toujours à des contrats synallagmatiques, parfaits ou imparfaits, c'est-à-dire à des *negotia juris* engendrant des obligations réciproques entre les parties. Les actions de droit strict se rapportaient aux contrats unilatéraux (1).— 2° Dans les actions de bonne foi, le juge devait suppléer toutes les clauses conformes à l'usage ou à l'équité, et les regarder comme tacitement convenues entre les parties. Dans les actions de droit strict, toute clause semblable devait être expressément insérée. Le juge devait se renfermer dans les termes rigoureux de la formule. — 3° Dans les actions de bonne foi, le juge prenait l'équité pour base de sa décision; il résultait que tout fait de dol, tant de la part du demandeur que de celle du défendeur, devait être suppléé par lui, sans qu'il fût nécessaire au demandeur d'invoquer la *clausula doli* ou *cautio de dolo*, et sans que le défendeur eût besoin de faire insérer dans la formule délivrée contre lui l'*exceptio doli mali*, ou toute autre déduite de la mauvaise foi, notamment celle *pacti conventi*. Dans les actions de droit strict, la règle était différente.— 4° Dans les actions de bonne foi, le débiteur répondait

(1) Toutefois ce point admis par la majorité des auteurs (Voy. MM. Heimbach, *Zeitschr. fur civ.*, t. IV, p. 66 et suiv.; Vangerow, t. I, § 139; Namur, 2e édit., t. II, § 507, p. 308; Van Wetter, t. I, § 172, p. 590, texte et note 37), est contesté par MM. Maynz, t. II, §§ 280 et 334; Goudsmit, *op. cit.*, § 93, p. 256, *observ.* — Il est bon d'observer qu'une exception doit être faite à cette règle pour l'action *de precario*, qui était de bonne foi bien qu'unilatérale (L. 2, § 2, D., *De prec.*, liv. XLIII, tit. XXVI).

de toute espèce de fautes, non-seulement des faits actifs par lesquels il avait endommagé la chose due (*culpa in committendo*), mais même des omissions de fait (*culpa in omittendo*). Dans les actions de droit strict, le débiteur n'était tenu que des faits actifs par lesquels il avait endommagé la chose due (*culpa in committendo*) (1). — 5° Dans les actions de bonne foi, le demandeur avait droit non-seulement à la valeur de la chose principale, mais encore aux accessoires (*omnem causam*), aux fruits, aux intérêts à compter de la demeure. Il n'était pas besoin pour cela d'une demande à part, à la différence de ce qui avait lieu relativement aux actions de droit strict.—6° Les effets d'un pacte ajouté à un contrat, soit *in continenti*, soit *ex intervallo*, différaient suivant qu'il s'agissait d'un contrat de bonne foi, ou d'un contrat de droit strict (2). — 7° Dans les actions de bonne foi, le juge pouvait, pour déterminer la condamnation du défendeur, avoir égard à un intérêt d'affection. Dans les actions de droit strict, il ne devait tenir compte que de l'intérêt pécuniaire, de la valeur réelle de la chose.— 8° Dans les actions de bonne foi, le juge pouvait, suivant les circonstances, prendre des mesures en vue de l'avenir et ordonner au défendeur de fournir au demandeur des garanties pour sûreté de la dette à échoir. Il n'y avait rien de semblable dans les actions de droit strict.—9° La *plus-petitio* et ses conséquences rigoureuses ne se produisaient pas dans les actions de bonne foi. Au contraire, elles avaient lieu dans les actions de droit strict dont l'*intentio* était *certa*, c'est-à-dire déterminée (3).

Quelles étaient les actions de droit strict ? — En principe, toutes les actions *in personam* étaient des actions de droit strict. Les actions de bonne foi formaient l'exception et étaient seules susceptibles d'une énumération li-

(1) Ci-dessus, liv. III, tit. XXVII, p. 496 et suiv.
(2) Ci-dessus, liv. III, tit. XXVI, p. 479 et suiv.
(3) Ci-dessus, p. 563.

mitative. On comprenait généralement sous la dénomination commune de *condictio* toutes les actions de droit strict.

Cicéron nous apprend, dans son discours *pro Roscio comedo*, qu'il y avait *condictio* toutes les fois qu'il y avait *pecunia aut data, aut expensilata, aut stipulata.*

1° *Pecunia data.* — Ici trouvaient place la *condictio* résultant d'un *mutuum* (1), — la *condictio indebiti*, donnée en cas de paiement de l'indu (2), — la *condictio sine causa*, donnée à la place de la revendication, devenue impossible par la perte de la chose, alors que cette chose devait être rendue, — la *condictio ob rem dati re non secuta* ou *causa data causa non secuta*, accordée à celui qui, ayant donné une chose dans la vue d'en recevoir une autre, a été trompé dans son attente par suite de l'inexécution de la promesse de son adversaire (3), — la *condictio furtiva*, donnée contre le voleur pour la chose volée, non-seulement lorsque la revendication n'était plus possible, mais encore concurremment avec la revendication, etc. (4).

2° *Pecunia expensilata.*—La *condictio* était donnée pour l'exécution du contrat *litteris* (5).

3° *Pecunia stipulata.* — Il en était de même lorsqu'il s'agissait d'un contrat verbal, d'une stipulation (6).

Il y avait encore d'autres cas qui donnaient lieu à la *condictio ;* par exemple, l'exécution d'un legs *per damnationem*, et, au Bas-Empire, l'exécution d'une convention de donner.

Des diverses espèces de condictiones. — Il y avait deux espèces de *condictiones*, savoir : — la *condictio certi*, — et la *condictio triticaria.*

(1) Ci-dessus, liv. III, tit. XIV, p. 362 et suiv.
(2) Voy. *supra*, liv. III, tit. XXVII. p. 490 et suiv., les développements que nous avons donnés sur la *condictio indebiti.*
(3) *Ibid.*, liv. III, tit. XXVI, p. 483 et suiv.
(4) *Ibid.*, liv. IV, tit. I, p. 528 et 529.
(5) *Ibid.*, liv. III, tit. XXI, p. 429.
(6) *Ibid.*, liv. III, tit. XV, p. 387 et 388.

1° La *condictio certi* ne s'appliquait qu'aux obligations ayant pour objet une somme d'argent déterminée, *certa pecunia*. Elle avait une *intentio certa*. Exemple : « *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum sestertia dare oportere.* » La *condemnatio* était également *certa* : « *Tantum pecuniam condemna.* »

2° La *condictio triticaria* avait pour objet toute autre chose qu'une somme d'argent déterminée (*certa res*). *Triticaria* vient de *triticum* qui veut dire dette de froment. La *condictio triticaria* se divisait elle-même en *triticaria certi* et *triticaria incerti* (L. 1, *pr.*, D., *De condict. tritic.*, liv. XIII, tit. III).

La *condictio triticaria certi* avait pour objet toute chose déterminée autre qu'une somme d'argent : par exemple, cent mesures de blé d'Afrique de la meilleure qualité, ou bien le fonds Cornélien. L'*intentio* d'une telle action était *certa* : « *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio fundum Cornelianum dare oportere.* » La *condemnatio* était *incerta* : « *Quanti eadem res est, tanti condemna.* »

La *condictio triticaria incerti* avait pour objet une chose indéterminée, par exemple, un fait, une abstention, etc. L'*intentio* d'une telle action était *incerta* : « *Quidquid paret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare, facere oportere.* » La *condemnatio* était également *incerta* (Gaïus, C. IV, §§ 54, 131, 136).

Quelles étaient les actions de bonne foi ? — Étaient de bonne foi, les actions résultant de la vente (*empti-venditi*), du louage (*locati conducti*), de la gestion d'affaires, du mandat, du dépôt, de la société, de la tutelle, du commodat, du gage, l'action *familiæ erciscundæ* et l'action *communi dividundo*, l'action *præscriptis verbis* (1), enfin l'action *rei uxoriæ*, dans l'ancien droit, et l'action *ex stipulatu*, sous Justinien (Gaïus, C. IV, § 62 ; Instit., §§ 28, 29, liv. IV, tit. VI).

(1) Voy. *supra*, liv. III, tit. XXVI, p. 482 et suiv.

Occupons-nous spécialement de l'action donnée en restitution de la dot.

De l'action en restitution de la dot. — Dans l'ancien droit, la femme, à la dissolution du mariage, pouvait avoir deux actions diverses pour répéter sa dot :—l'action *rei uxoriæ*, — et l'action *ex stipulatu* (1).

Différences entre l'action rei uxoriæ et l'action ex stipulatu. — Il y avait six différences importantes : — 1° l'action *rei uxoriæ* était de bonne foi; elle était générale, et se donnait à la femme de quelque manière que la dot eût été constituée. L'action *ex stipulatu* était de droit strict; elle ne se donnait que s'il y avait eu stipulation que la dot serait restituée (Instit., § 29, *eod.*) — 2° L'action *rei uxoriæ* n'appartenait qu'à la femme elle-même en cas de dissolution du mariage par le prédécès du mari ou par le divorce; et même cette action n'était alors transmissible aux héritiers de la femme, que si cette dernière était morte après avoir mis en demeure le mari ou les héritiers du mari (Ulpien, *Reg.*, tit. VI, § 7). Lorsque la femme venait à mourir *in matrimonio*, le principe était que la dot restait au mari survivant. Il fallait, toutefois, faire une exception pour la dot profectice, c'est-à-dire constituée par un ascendant paternel de la femme. Cet ascendant avait, pour se faire restituer la dot, l'action *rei uxoriæ* (Ulpien, *ibid.*, § 4). L'action *ex stipulatu*, étant un contrat de droit commun, il s'ensuivait que la femme qui stipulait la restitution de sa dot était censée stipuler pour elle et pour ses héritiers. En conséquence, les héritiers de la femme pouvaient intenter l'action *ex stipulatu* sans qu'il y eût à distinguer si la femme était morte *in matrimonio*, ou après la dissolution du mariage par le prédécès du mari ou par le divorce, et, dans ce dernier cas, il n'y avait pas non plus à considérer si la femme avait mis ou non son mari ou les héritiers du mari en demeure de restituer la

(1) Voy., sur le développement des deux actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu*, MM. Gide, *Du caractère de la dot*, p. 48 et suiv.; Boissonade, *Hist. des dr. de l'époux survivant*, p. 38 et suiv. — Voy. *supra*, liv. II, tit. VII, p. 474 et 474 *bis*.

dot. L'action *ex stipulatu* appartenait même aux étrangers qui, en constituant une dot pour la femme, en avaient stipulé la restitution. — 3° Le mari, poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, pouvait exercer sur la dot certaines rétentions, *ob liberos*, dans l'intérêt des enfants nés du mariage; *ob mores*, lorsque la femme par ses torts envers son mari avait entraîné le divorce; *ob impensas*, à raison des dépenses utiles faites pour l'entretien de la chose dotale; *ob res donatas*, *ob res amotas*, etc., etc. (Ulpien, *ibid.*, §§ 9 et suiv.) (1). Au contraire, il n'avait plus la faculté d'exercer les mêmes rétentions, lorsqu'il était poursuivi par l'action *ex stipulatu*.—4° Le mari exposé à l'action *rei uxoriæ* jouissait d'un certain délai pour la restitution de la portion de la dot qui consistait en quantités, en choses fongibles, ou même en corps certains livrés avec estimation; il devait opérer la restitution en trois termes, d'un an chacun (*annua, bima, trima die redditur*). Quant à la dot qui consistait en corps certains non estimés, elle devait être restituée immédiatement après la dissolution du mariage (Ulpien, *Reg.*, tit. VI, § 8). Dans l'action *ex stipulatu*, le mari n'avait aucun délai pour restituer la dot de quantités. — 5° Si le mari avait fait à la femme, pour le cas où elle lui survivrait, des avantages par disposition de dernière volonté, l'édit *de alterutro* exigeait que la femme optât entre ces gains de survie et la répétition de sa dot par l'action *rei uxoriæ*. Lors donc que la femme intentait l'action *rei uxoriæ*, elle perdait le bénéfice du testament (L. 1, § 3, C., *De rei uxor. act.*, liv. V, tit. XIII). Il n'en était pas de même dans l'action *ex stipulatu*. La femme, tout en exerçant cette action, conservait les avantages des dispositions de dernière volonté. — 6° Dans l'action *rei uxoriæ*, le mari condamné à la restitution jouissait du bénéfice de n'être condamné que dans la limite de ce qu'il pouvait payer (*in id quod facere poterat*). Dans l'action *ex*

(1) Ces diverses *retentiones* pouvaient-elles être cumulées, ou bien fallait-il choisir entre elles? V. M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 23 et suiv., 32 et suiv.; Meynz, *Cours de dr. rom.*, 3e édit., t. III, § 405, p. 68, note 21.

stipulatu ce tempérament n'était pas admis (1) (L. 1, § 7, C., *De rei uxor. act.*, liv. V, tit. XIII).

Innovations de Justinien. — Justinien a fondu en une seule les deux actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu*, et a donné à la nouvelle action en restitution de la dot le nom d'action *ex stipulatu*. Il a décidé que la femme pourrait toujours intenter cette action comme s'il y avait eu entre les époux une stipulation tacite (Instit., § 29, *eod.*).

A l'ancienne action *rei uxoriæ* Justinien a emprunté les caractères suivants : — 1° la nouvelle action *ex stipulatu* est une action de bonne foi ; — 2° le mari ne peut être condamné que dans la limite de ses facultés (*in quantum facere potest*); — 3° il lui est accordé un délai pour la portion de la restitution de la dot qui consiste en *meubles*. Ce délai est d'*un* an. Quant à la restitution de la dot qui consiste en *immeubles*, elle doit s'opérer immédiatement après la dissolution du mariage ; — 4° enfin la femme cumule les avantages de la nouvelle action *ex stipulatu* avec ses gains de survie.

A l'ancienne action *ex stipulatu* Justinien a emprunté les caractères suivants : — 1° la nouvelle action *ex stipulatu* passe aux héritiers de la femme d'une manière absolue, lors même que la femme meurt dans le mariage, ou qu'elle meurt après la dissolution du mariage, mais sans que le mari ou ses héritiers aient été mis en demeure ; — 2° la nouvelle action *ex stipulatu* n'admet pas les rétentions, excepté cependant celles *ob impensas necessarias*, c'est-à-dire à raison des dépenses utiles et nécessaires faites pour l'entretien de la chose dotale.

De plus, Justinien a accordé à la femme, pour sûreté de la restitution de sa dot, une hypothèque tacite et privilégiée sur les biens du mari. La femme devait être préférée à tous autres créanciers du mari, même à ceux antérieurs au mariage. Mais ce privilége était tout personnel à la femme ou à ses descendants ; les autres héritiers ne

(1) Telle est du moins l'opinion de MM. Demangeat, t. II, p. 597; Ortolan, t. III, p. 638, n. 2139; Labbé, *à son cours*.

succédaient qu'à l'hypothèque ordinaire (Instit., *ibid.*) (1).

Actions arbitraires.

On appelait *actions arbitraires*, celles dans lesquelles le juge avait mission, avant de prononcer la sentence définitive qui devait tendre, comme toujours, au paiement d'une somme d'argent, de donner l'ordre au défendeur de fournir au demandeur telles ou telles satisfactions, et ce n'était qu'autant que le défendeur s'y refusait, qu'une condamnation pécuniaire était prononcée contre lui (Instit., § 31).

L'*arbitrium* ou *jussus* était-il susceptible d'exécution forcée? La distinction suivante est généralement enseignée : — L'*arbitrium* pouvait être exécuté *manu militari*, à défaut de satisfaction volontaire, dans les cas où il s'agissait simplement de lever un obstacle de fait : par exemple, de restituer la chose dont le demandeur était propriétaire, lorsque cette restitution était possible. En effet, l'exécution forcée aboutissait au même résultat que l'exécution volontaire; elle faisait passer la possession, qui est un état de fait, du défendeur au demandeur. — Au contraire, la *manus militaris* ne pouvait pas être employée dans les cas où il s'agissait de l'accomplissement d'un acte juridique qui exigeait comme condition essentielle la volonté d'une personne. Ainsi, on ne voit pas comment on aurait pu arriver à l'exécution d'un *arbitrium* portant sur une translation de propriété, ou dans les actions *quod metus causa, de dolo, de eo quod certo loco* (2). Le demandeur n'aurait, dans ces cas, d'autre ressource que le *jusjurandum in litem*.

(1) Le droit de reprise de la femme pouvait-il s'exercer contre les tiers détenteurs auxquels le mari avait transféré, soit des choses mobilières, soit des immeubles *aliénables*, faisant partie de la dot? La négative est généralement enseignée. Voy. MM. Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 220; Mayne, t. I, § 480, 2° *in fine*, et t. III, § 396, p. 44, texte et note 42; Gide, *Du caractère de la dot*, p. 57 et suiv. — *Contra*, M. Namur, 2e édit., t. I, § 479, p. 284.

(2) Voy., sur ce point, MM. Demangeat, t. II, p. 602 et suiv., et *De la condition du fonds dotal en dr. rom.*, p. 419 et suiv.; Pellat, *Expl. du livre VI des Pand.*, p. 367 et suiv.; Zimmern, *Tr. des act.*, trad. de M. Etienne, § 65, p. 492, et § 67, p. 204 et suiv.; de Fresquet, t. II, p. 452 et suiv.; Labbé, *à son cours*.

Des principales actions arbitraires. — Étaient arbitraires toutes les actions réelles, tant civiles que prétoriennes, comme les actions publicienne, servienne, quasi-servienne ou hypothécaire (Instit., § 31, *eod.*). A cette énumération de Justinien il faut ajouter bien certainement l'action en revendication, la pétition d'hérédité, l'action confessoire et l'action négatoire (1). Quant aux actions personnelles, n'étaient arbitraires que les actions *ad exhibendum*, *quod metus causa*, *de dolo malo*, *de eo quod certo loco*, enfin l'action *finium regundorum* (2).

L'action *ad exhibendum*, introduite pour faciliter la revendication, appartenait en général à quiconque était intéressé à l'exhibition d'une chose contre toute personne à qui la possession ou la simple détention rendait l'exhibition possible, et même contre celui qui, par dol, se serait mis dans l'impossibilité d'exhiber. L'*arbitrium* consistait dans l'ordre donné au défendeur de représenter la chose; et si le défendeur ne voulait ou ne pouvait le faire, il était condamné à une somme fixée par le demandeur sous la foi du serment, somme que le juge pouvait, d'ailleurs, modérer en cas d'exagération (Instit., § 3, liv. IV, tit. XVII)

L'action *quod metus causa* était donnée au cas où un acte juridique avait été accompli sous l'empire d'une menace contre toute personne qui avait tiré profit de l'acte arraché par la violence, quoiqu'elle n'en fût ni l'auteur ni le complice, lors même qu'elle l'eût ignoré. L'*arbitrium* consistait dans l'ordre donné au défendeur de consentir à l'annulation des actes arrachés par la violence, et au rétablissement du demandeur dans l'état antérieur. S'il refusait, il encourait une condamnation au quadruple (D., *Quod met. caus.*, liv. IV, tit. II).

L'action *de dolo* était donnée contre celui qui, par des manœuvres frauduleuses, avait déterminé quelqu'un à

(1-2) *Sic*, M. Demangeat, t. II, p. 604-606.

accomplir un acte juridique. L'*arbitrium* consistait dans l'ordre donné au défendeur de rétablir le demandeur contre les conséquences du dol. Cette action infamante n'entraînait de condamnation qu'au simple, en cas de refus du défendeur (D., *De dol. mal.*, liv. IV, tit. III).

L'action *de eo quod certo loco* était utile à celui auquel on avait promis l'acquittement d'une obligation en un certain lieu, et qui voulait l'obtenir ailleurs. Comme il y avait plus-pétition à demander ailleurs qu'au lieu convenu, le créancier, en agissant ainsi, s'exposait à être repoussé dans sa demande. Mais comme, d'un autre côté, il avait souvent intérêt à recevoir le payement dans cet autre endroit, le préteur imagina une modification à la formule, modification qui permit au créancier d'agir où il voudrait, sans craindre de plus-pétition. Ce changement fut de rendre la formule arbitraire. L'*arbitrium* du juge consistait dans l'ordre donné au défendeur de satisfaire le demandeur d'une manière suffisante, même, suivant les cas, en donnant caution. Faute par le défendeur de s'y soumettre, le juge procédait à la condamnation ; il devait prendre en considération la différence des lieux, soit en faveur du créancier, soit en faveur du débiteur. — Du reste, observons que, si la cause de l'action donnait lieu à une action de bonne foi ou à une *condictio incerti* qui ne présentait pas les dangers de la plus-pétition, il n'y avait pas d'action arbitraire possible, on intentait cette action elle-même (L. 2, *pr.*, LL. 3, 5, 7, 10, D., *De eo quod cert. loc.*, liv. XIII, tit. IV).

L'action *finium regundorum* était une action arbitraire dans laquelle le juge ordonnait au défendeur de faire une restitution de terrain, d'abattre des arbres ou des constructions pour le rétablissement des bornes. Si le défendeur se soumettait au *jussus*, le juge devait l'absoudre (Instit., § 6, liv. IV, tit. XVII) (1).

(1) Ci-dessus, p. 593.

SEPTIÈME DIVISION

Actions où le demandeur peut obtenir tout ce qui lui est dû, actions où il n'obtient que moins.

En principe, le juge qui avait reconnu le droit du demandeur condamnait le défendeur à l'acquittement de l'intégralité de ce droit. Il y avait cependant certains débiteurs qui avaient le privilége d'exiger qu'ils ne fussent condamnés que jusqu'à concurrence de leurs facultés (*in quantum facere possunt*), c'est-à-dire pour ce qu'ils pouvaient payer sans être réduits à un entier dénûment (*ne egeat*). C'est ce que les commentateurs ont appelé *bénéfice de compétence* (Instit., § 36 et suiv.).

Caractère du bénéfice de compétence. — Ce bénéfice était éminemment personnel : il n'appartenait ni aux cautions ni aux héritiers. Sous le système de la procédure formulaire, c'était sous la forme d'une restriction mise à la condamnation qu'on le faisait valoir : par exemple, *Aulo Agerio Numerium Negidium duntaxat in id quod facere potest condemna* (L. 7, *pr.*, L. 22, *pr.*, D., *De except.*, liv. XLIV, tit. I). Il pouvait être opposé même à l'action *judicati;* mais si le débiteur, à qui il compétait, avait payé sans l'invoquer, il n'avait aucune répétition (L. 9, D., *De condict. indeb.*, liv. XII, tit. VI).

A quelles personnes appartenait ce bénéfice ? — Le bénéfice de compétence était accordé : — aux ascendants poursuivis par leurs descendants ; — au patron et à la patronne, à leurs enfants et ascendants, poursuivis par l'affranchi (Instit., § 38, *eod.*); — au mari poursuivi par sa femme en restitution de sa dot (§ 37, *eod.*), et même, depuis Antonin le Pieux, en restitution de toute créance (L. 20, D., *De re judic.*, liv. XLII, tit. I); — à l'associé poursuivi par son associé (Instit., § 38, *eod.*); — au débiteur qui, ayant fait cession de biens à ses créanciers, acquérait

ultérieurement d'autres biens, et se trouvait poursuivi sur ces nouvelles acquisitions par ses créanciers antérieurs (Instit., § 40, *eod.*); — au donateur actionné à raison de la donation (§ 38, *eod.*); — et enfin au militaire, à raison des dettes par lui contractées (L. 18, D., *De re jud.*, liv. XLII, tit. I).

DE LA COMPENSATION

La compensation opposée par le défendeur faisait aussi très-souvent que le demandeur obtenait moins qu'il ne lui était dû (Instit., § 39, *eod.*).

Qu'est-ce que la compensation? — Compenser, c'est mettre en équilibre deux dettes quelconques, de manière qu'elles se détruisent, comme deux poids égaux, opposés l'un à l'autre, se détruisent mutuellement, comme un poids moindre, opposé à un poids plus fort, le détruit jusqu'à concurrence de sa propre pesanteur (1). Par exemple, vous me devez 1000 sesterces, et je vous dois pareille somme : si j'étais obligé de vous payer la somme que je vous dois, je pourrais, aussitôt après vous l'avoir payée, exiger de vous celle qui m'est due, en sorte que vous seriez obligé de me rendre d'une main ce que vous auriez reçu de l'autre. Il est bien plus naturel que chacun de nous retienne, en paiement de la somme qui lui est due, celle dont il est lui-même débiteur (*quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere*. L. 3, D., *De compensat.*, liv. XVI, tit. II).

Il faut distinguer en matière de compensation deux époques : — l'époque antérieure à Justinien ; — l'époque de Justinien.

(1) Consultez l'intéressante monographie de M. Albert Desjardins, agrégé à la Faculté de droit de Paris, *Sur la compensation et les demandes reconventionnelles*.

II. Époque antérieure à Justinien.

Dans quels cas la compensation était admise. — Malgré son incontestable utilité, la compensation n'a été admise, à l'origine, que dans une mesure fort restreinte.

Actions de bonne foi. — La compensation paraît avoir toujours eu lieu dans les actions de bonne foi, mais à cette condition que la créance du défendeur provînt de la même cause (*ex eadem causa*), c'est-à-dire du même contrat, du même fait juridique, que la demande principale. Malgré l'étendue du pouvoir conféré au juge d'estimer *ex bono et æquo* la restitution à faire au demandeur, il ne pouvait cependant prononcer que sur le fait qui lui était soumis (Gaïus, C. IV, §§ 61 et 62; Instit., § 39, *eod.*).

Actions de droit strict. — D'après Gaïus, la compensation n'était pas admise dans les actions de droit strict, sauf deux applications spéciales qui ont disparu sous Justinien.

La première était celle où un banquier (*argentarius*) agissait contre un débiteur qui se trouvait être en même temps son créancier. Le banquier était obligé de faire lui-même le compte de ce qu'il devait et de ce qui lui était dû, et il n'en pouvait demander que l'excédant (Gaïus, C. IV, § 64).

La seconde était celle où, après la vente en masse des biens d'un débiteur insolvable, l'acheteur exerçait une action utile contre une personne qui était à la fois débitrice et créancière de la masse. Cette personne ne pouvait être condamnée que déduction faite de ce qui lui était dû à elle-même par l'insolvable. Cette compensation s'appelait particulièrement *deductio* (Gaïus, C. IV, § 65).

Hors ces deux cas, le défendeur poursuivi par une action *stricti juris* devait être condamné pour la totalité de sa dette, sauf à intenter de son côté une action contre son adversaire pour obtenir ce qui lui était dû par ce dernier *ex alia causa*. Mais, en vertu du rescrit de Marc-Aurèle, la compensation a été introduite dans les actions de droit

strict au moyen de l'exception de dol (*opposita doli mali exceptione*), et elle l'a été *ex causa dispari*, c'est-à-dire entre dettes ne dérivant pas de la même cause, du même fait juridique ; car les actions de droit strict ne sanctionnent que des contrats unilatéraux. On considéra avec raison comme un dol de la part du demandeur le refus de tenir compte de ce qu'il devait lui-même au défendeur (1) (Instit., § 30, *eod.*).

Quel était l'effet de l'exception de dol insérée dans la formule, lorsqu'elle était justifiée par le défendeur? On enseigne généralement que, l'exception de dol donnant à l'action de droit strict le caractère d'une action de bonne foi, le juge devait tenir compte de la compensation, et condamner le défendeur à l'excédant de sa dette sur sa créance (2).

A partir de la réforme de Marc-Aurèle et dès l'instant que la compensation a été admise dans les actions de droit strict *ex dispari causa*, il n'y a plus eu de raison pour exiger dans les contrats de bonne foi que la créance opposée en compensation provînt de la même cause que la demande primitive.

Actions in rem. — Avant Justinien, la compensation était exclue des actions *in rem* (L. 14, *pr.*, C., *De compensat.*, liv. IV, tit. XXXI).

(1) Cette doctrine, professée par Cujas, est suivie aujourd'hui par MM. Alb. Desjardins, *op. cit.*, p. 47; Namur, 2e édit., t. II, § 355, p. 423; Van Wetter, t. I, § 204, p. 708 et 709; Labbé, *à son cours*. — Cependant, malgré le texte parfaitement clair des Institutes et le Commentaire de Théophile, des interprètes autorisés enseignent que le rescrit de Marc-Aurèle n'a rien établi de nouveau, et que, longtemps avant cet empereur, les préteurs avaient consenti à donner l'exception de dol au défendeur qui se prétendait créancier du demandeur dans les actions de droit strict. *Sic*, MM. Demangeat, t. II, p. 628 ; Ortolan, t. III, n. 2179; Maynz, t. II, § 375, p. 528, note 6.

(2) Voy. en ce sens, MM. Demangeat, t. II, p. 629 ; Alb. Desjardins, p. 60; Labbé, *à son cours*. — Toutefois M. Ortolan, t. III, n. 2180, refuse de reconnaître à l'exception de dol, insérée dans une action de droit strict, des effets aussi étendus. D'après cet éminent professeur, le juge qui a vérifié l'exception de dol doit absoudre complétement le défendeur pour quelque valeur que sa créance soit prouvée. Voy. aussi, en ce dernier sens, MM. Etienne, *Instit. de Justinien*, p. 264 ; Maynz, t. II, § 375, p. 528.

II. Innovations de Justinien.

Les règles de la compensation ont été modifiées sur plusieurs points par Justinien.

Première innovation. — Justinien a étendu le principe de la compensation (*latius introduxit*) en décidant *ut actiones ipso jure minuat* (Instit., § 30, liv. IV, tit. VI; L. 14, *pr.*, C., *eod.*). Les mots *ipso jure* ont soulevé entre les interprètes du droit romain une vive controverse. Cujas, Dumoulin et Pothier pensaient que, depuis la constitution de Justinien, la compensation s'est opérée par *la seule force de la loi*, qu'elle a été rendue *légale* de *judiciaire* qu'elle était avant cette innovation. Cette interprétation est aujourd'hui généralement abandonnée. On s'accorde à reconnaître que la compensation est demeurée judiciaire sous Justinien, comme pendant la durée du système formulaire. Jamais, en effet, les Romains n'ont admis la compensation légale ; jamais le seul fait de la coexistence de deux dettes dont deux personnes étaient tenues l'une envers l'autre n'a suffi pour les éteindre. C'est le juge qui a toujours dû prononcer la compensation.

De toutes les explications de ces mots *ipso jure*, la plus satisfaisante nous paraît être celle proposée par M. Alb. Desjardins, agrégé à la Faculté de droit de Paris. « Les mots *ipso jure*, dit-il (*op. cit.*, p. 153), s'expliquent sans peine, pour peu que l'on observe la suite des idées dans le § 30. L'empereur commence par dire que, dans les actions de bonne foi, la compensation résultait de la nature même du pouvoir du juge. Il ajoute que, dans les actions de droit strict, l'exception de dol était nécessaire; mais il a étendu la compensation, *latius introduxit*, en ce que, depuis sa constitution, elle diminue *ipso jure* toutes les actions, soit *in rem*, soit *in personam*. *Ipso jure* n'est-il pas opposé au membre de phrase : *opposita doli mali exceptione?* Le mot *sed* n'indique-t-il pas nettement l'opposition?... Justinien supprime donc la nécessité d'invoquer l'exception. Désormais, dans toutes les actions, la com-

pensation sera un moyen de défense ordinaire, comme le paiement, que le défendeur fera valoir sans recourir à une forme spéciale de procédure (1). »

Deuxième innovation. — La deuxième innovation introduite par Justinien a consisté à avoir admis la compensation dans les actions *in rem* (Instit., § 30, *eod.*).

Troisième innovation. — Justinien, le premier, a exigé que la créance opposée en compensation fût liquide. Sa décision était générale; elle s'appliquait au cas où la compensation était admise avant lui, comme à ceux où il l'a introduite, que la cause des deux créances fût connexe ou distincte, que les objets fussent ou non de même nature et de même qualité (L. 14, § 1, C., *eod.*).

Quatrième innovation.—Justinien a interdit la compensation dans plusieurs hypothèses :—1° dans celle où le demandeur exerce l'action *depositi* directe (L. 14, § 1) ; — 2° dans celle d'une spoliation (L. 14, § 2); — 3° lorsqu'il s'agit du paiement d'une pension alimentaire (2); — 4° enfin, relativement aux créances du fisc ou des communes en paiement d'impôts ou contributions de toute nature (L. 46, § 5, D., *De jur. fisci*, liv. XLIX, tit. XIV).

TITRE VII

Des actions données à raison des contrats passés avec ceux qui sont sous la puissance d'autrui

D'après le droit civil, le père de famille et le maître sont créanciers de tout ce qui est dû à leur fils ou à leur esclave. Mais si l'un d'eux s'engage par contrat ou quasi-contrat, l'obligation qui en résulte n'est pas à la charge du père de famille ou du maître; et ces derniers ne seraient

(1) Telle est aussi, ce nous semble, l'explication donnée par M. Labbé, *à son cours*. — Comp. MM. Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 648; Etienne, p. 263; Namur, 2e édit., t. II, § 357, p. 425; Maynz, t. II, § 376, p. 530; Van Wetter, t. I, § 201, p. 714.

(2) Ce point est controversé. V. en ce sens, M. Van Wetter, t. I, § 201, p. 713. — *Contra*, M. Alb. Desjardins, *op. cit.*, p. 446 et 447.

pas tenus alors même qu'ils auraient donné au fils et à l'esclave l'ordre d'agir.

Le *droit prétorien* est venu au secours des créanciers du fils et de l'esclave en leur accordant plusieurs actions contre le père de famille et le maître.

Ces actions données contre le père de famille et le maître à raison de l'obligation contractée par le fils et par l'esclave sont comprises, par les interprètes modernes, sous la dénomination commune d'actions *indirectes* par opposition aux actions qui sont données contre une personne pour une obligation qu'elle a contractée personnellement et pour son propre compte. Ces dernières sont appelées *directes*.

Combien de sortes d'actions indirectes peut-on avoir contre le père ou le maître à raison des obligations contractées par le fils ou l'esclave?

Il y en a six, savoir : l'action *quod jussu*, l'action exercitoire, l'action institoire, l'action tributoire, l'action *de peculio* et l'action *de in rem verso*.

Observation commune à ces six actions. — Ces actions ne constituent pas des espèces d'actions distinctes, ayant une existence propre; mais plutôt des qualités dont les diverses actions résultant des contrats et des quasi-contrats peuvent être affectées. Par exemple, si l'obligation a été contractée par l'esclave ou le fils dans un commodat, l'action qui sera donnée contre le maître ou le père de famille sera *commodati quod jussu*, ou *institoria*, ou *exercitoria* ou *tributoria*, etc. D'où est venue à ces actions la dénomination assez fréquemment usitée d'actions *adjectitiæ qualitatis*.

Action quod jussu. — L'action *quod jussu* a lieu quand l'esclave ou le fils de famille a contracté sur l'ordre formel du maître ou du père. Alors, comme le tiers a dû suivre la foi du maître ou du père (*fidem domini sequi videtur*), le préteur lui donne une action *in solidum*, c'est-à-dire pour la totalité de l'engagement, contre le maître ou le

père, comme s'il avait en quelque sorte traité avec le maître ou le père de famille lui-même (Instit., § 1, liv. IV, tit. VII). — La ratification par le maître de l'engagement contracté par son esclave sans son ordre équivaut à un *jussus* préalable et soumet le maître à l'action *quod jussu* (L. 1, § 6, D., *Quod jussu*, liv. XV, tit. IV).

Action exercitoire. — L'action *exercitoire* a lieu contre le maître ou le père qui a préposé son esclave ou son fils à la direction d'un navire, au profit du tiers qui a contracté avec le préposé dans le cercle de ses attributions. L'action est dite *exercitoire*, parce qu'on appelle *exercitor* (armateur) celui à qui reviennent les bénéfices journaliers d'un navire (Instit., § 2, *eod.*).

Action institoire. — L'action *institoire* a lieu contre le maître ou le père qui a préposé son esclave ou son fils à la tête d'un cabaret ou de tout autre établissement de commerce, au profit du tiers qui a contracté avec l'esclave ou le fils dans les limites de ses attributions. L'action est dite *institoire* parce qu'on appelle *institor* celui qui est préposé à l'exploitation d'un commerce (Instit., § 2, *eod.*).

Les actions *exercitoire* et *institoire*, comme l'action *quod jussu*, se donnent pour le tout (*in solidum*), contre le maître ou le père (Instit., *ibid.*). D'un autre côté, s'il y a plusieurs préposants, chacun d'eux peut être tenu *in solidum* sur la poursuite du tiers qui a contracté avec le préposé (L. 1, § 25, L. 2, D., *De exercit. act.*, liv. XIV, tit. I).

Différence entre l'action exercitoire et l'action institoire. — Le *magister navis* a le droit, dans le cours de la navigation, de se substituer quelqu'un, même à l'insu et malgré la défense de l'*exercitor*, soit pour une opération seulement, soit pour toute la série des opérations. L'action exercitoire est alors donnée contre l'*exercitor* pour l'engagement contracté par le substitué du *magister navis*, tout comme si l'on avait traité avec le *magister* lui-même. — Au contraire, l'*institor* ne peut se substituer quelqu'un

que de la volonté et du consentement du maître ou du père. L'action institoire ne peut donc être exercée, pour l'engagement contracté par le substitué de l'*institor*, contre le maître ou le père de ce dernier.

Extension apportée aux actions exercitoire et institoire. — Le préteur a étendu ces actions au cas où le préposé serait un homme libre *sui juris*, et au cas où le préposé serait l'esclave ou le fils de famille d'un autre que le préposant. Il y avait dans ces cas, en effet, même motif d'équité (Instit., § 2, *in fine*). — De plus, il a étendu l'action institoire, spécialement réservée à un ensemble d'opérations commerciales, à toutes les hypothèses, à un acte de commerce isolé, enfin à toute négociation même *non commerciale* (L. 19, D., *De instit. act.*, liv. XIV, tit. III). D'où le résultat suivant : du contrat fait par un simple mandataire naissait une action au profit du tiers contre le mandant. Cette action, créée à l'exemple de l'action institoire, s'appelait *quasi*-institoire. Réciproquement, le mandant pouvait agir contre le tiers *utilitatis causa* par l'action du contrat qui avait été fait sur son ordre et en son nom par son préposé (L. 13, § 25, D., *De act. empt.*, liv. XIX, tit. I). Ainsi, tandis que le droit civil n'admettait pas la représentation d'une personne par une autre, le droit prétorien, au moyen d'actions utiles, réalisait dans la personne du mandant les effets actifs et passifs d'un contrat fait par le mandataire.

Action tributoire. — Lorsqu'un esclave ou un fils de famille emploie tout ou partie des valeurs de son pécule à une entreprise commerciale dont son maître ou son père a connaissance (*sciente domino*) (1), et que des tiers contractent avec lui relativement à ce commerce, le préteur, au cas où le commerce ne réussit pas, décide que tout le fonds de commerce et les bénéfices qui en sont provenus

(1) Consultez l'intéressante notice de M. Alb. Desjardins, agrégé à la Faculté de droit de Paris, sur l'action tributoire (*Revue historique de dr. franç. et étrang.*, t. XIII, année 1867, p. 417 et suiv.).

seront distribués au marc le franc entre tous les créanciers de l'esclave ou du fils. Si le maître ou le père est créancier de l'esclave ou du fils, il figurera dans la répartition comme tout autre créancier, sans privilége aucun. Et, comme le préteur autorise le maître ou le père a faire lui-même cette répartition impartiale, si l'un des créanciers se plaint d'avoir été lésé par le partage et de n'avoir pas reçu ce qui devait lui revenir, le préteur lui donne contre le maître ou le père cette action qu'on appelle *tributoire* (Instit., § 3, *eod.*).

Observation. — Lorsqu'il y a de quoi payer intégralement tous les créanciers qui se sont présentés à la distribution, mais que l'on a tout lieu de craindre qu'il n'existe d'autres créanciers qui se présenteront plus tard, on devra payer aux créanciers connus le montant intégral de leurs créances, sauf à leur faire promettre sous caution de rapporter *si forte alii emerserint creditores* (L. 5, § 19, D., *De trib. act.*, liv. XIV, tit. IV).

Action de peculio. — Un esclave ou un fils contracte des dettes relativement à l'administration d'un pécule qui lui a été confié. Le maître ou le père ignore les engagements pris par l'esclave ou le fils, ou, s'il en a connaissance, il n'a rien ordonné à cet égard. Dans cette hypothèse, le préteur accorde aux tiers une action contre le maître ou le père jusqu'à concurrence du pécule. C'est l'action *de peculio* (Instit., § 4, *eod.*).

Différences entre l'action tributoire et l'action de peculio. — Il y a trois différences principales : — 1° Dans l'action *tributoire*, le maître ou le père n'a aucun droit de préférence sur les autres créanciers; il vient en concours avec eux pour ce qui lui est dû. Au contraire, dans l'action *de peculio*, le maître ou le père créancier de son esclave ou de son fils passe avant les autres créanciers et prélève sur le pécule tout ce qui lui est dû, soit comme tuteur, curateur, gérant d'affaires ou associé, etc. (Instit., § 5, *eod*). — 2° Dans l'action *tributoire*, celui qui reçoit le paiement de

sa créance doit donner caution de faire le rapport de ce qu'il aura reçu aux autres créanciers qui peuvent survenir. Dans l'action *de peculio*, lorsqu'il y a plusieurs créanciers qui agissent les uns après les autres, le créancier qui se présente le premier est préféré aux autres. En conséquence, il obtient, autant que faire se peut, le montant intégral de sa créance ; les autres créanciers ne sont payés que s'il reste encore quelque chose dans le pécule (L. 5, § 19, D., *De trib. act.*, liv. XIV, tit. IV). — 3° L'action *tributoire* n'est donnée que relativement à la partie du pécule affectée au commerce. L'action *de peculio* porte sur le pécule tout entier (Instit., § 5, *eod.*).

Action de in rem verso. — Lorsqu'un esclave ou un fils a traité avec un tiers, sans la volonté du maître ou du père (*sine voluntate domini*), si le maître ou le père en a profité, le préteur accorde au tiers une action contre le maître ou le père, à raison et jusqu'à concurrence de l'enrichissement que celui-ci a retiré du contrat. C'est l'action *de in rem verso* (Instit., § 4, *eod.*).

En quoi l'action de in rem verso vaut-elle mieux que l'action de peculio et que l'action tributoire ? — Par les actions *tributoire* et *de peculio* celui qui a contracté avec l'esclave ou le fils n'obtiendra le plus souvent qu'une partie de ce qui lui est dû. Au contraire, par l'action *de in rem verso*, il en obtiendra la totalité, s'il parvient à prouver qu toute l'opération a tourné au profit du maître ou du père (Instit., § 5, *eod.*).

Du choix accordé au créancier entre ces diverses actions. — Celui qui a en sa faveur l'une des actions *quod jussu*, *exercitoire* ou *institoire*, peut intenter cette action, ou bien l'action *de peculio* et *de in rem verso*, à son choix ; mais il a un intérêt évident à ne pas choisir l'une de ces deux dernières, puisque, dans l'action *de peculio*, il est primé par le maître ou le père, et que, dans l'action *de in rem verso*, il ne peut agir contre le maître ou le père que dans la limite du profit que ce dernier a retiré du contrat, tan-

dis que, dans l'exercice des trois premières, il agit contre le maître ou le père pour le tout (Instit., § 5, *eod.*). — Celui qui a en sa faveur l'action *quod jussu* peut également intenter à son choix cette action ou l'action tributoire ; mais il n'a guère d'intérêt à se servir de cette dernière, puisque dans la tributoire, il est appelé à concourir avec le maître ou le père sur le pécule ou sur une fraction seulement du pécule. Mais l'action exercitoire et l'action institoire ne peuvent jamais concourir avec l'action tributoire ; ces actions ne s'appliquent pas, en effet, aux mêmes hypothèses (L. 11, § 7, D., *De instit. act.*, liv. XIV, tit. III). — Celui qui a droit à l'action *tributoire* peut agir par l'action *de peculio* et *de in rem verso*, suivant l'intérêt qu'il trouve à l'une ou à l'autre de ces actions (Instit., § 5, *eod.*).

Différences entre les engagements pris par un esclave et ceux pris par un fils de famille. — Il y a deux différences principales : — 1° Lorsqu'il s'agit d'un contrat formé par un esclave, le créancier n'a d'action que contre le maître. L'esclave ne pouvant jamais être actionné en justice, ne contracte personnellement aucune obligation civile (1). Au contraire, quand il s'agit d'un contrat formé par un fils de famille, le tiers a deux actions : l'une contre le père de famille, l'autre contre le fils. Le fils, en effet, est obligé civilement (Instit., § 6 *in fine*, liv. III, tit. XIX). — 2° L'esclave qui s'engage par mandat ou fidéjussion pour une autre personne que son maître, n'oblige point celui-ci ; tandis que le père de famille est tenu *de peculio* de l'engagement contracté par son fils pour autrui (L. 3, § 9, D., *De pec.*, liv. XV, tit. I). — A l'inverse, un esclave peut, en contractant un prêt d'argent, faire naître une action *de peculio* contre son maître. Il n'en serait pas de même d'un prêt contracté par un fils de famille. En effet, un sénatus-consulte Macédonien,

(1) Voy. *supra*, liv. III, tit. XVII, p. 395

rendu sous Claude et renouvelé sous Vespasien (1), refuse au prêteur toute action tant contre le fils ou la fille, le petit-fils ou la petite-fille encore en puissance ou devenus *sui juris* que contre le père ou l'aïeul (*denegatur actio*). Le sénat, nous disent les Institutes, s'est préoccupé de ce que les enfants, après avoir emprunté des sommes qu'ils dissipent en débauches, attentent à la vie de leurs ascendants (Instit., § 7, *eod.*).

Le sénatus-consulte Macédonien ne s'applique pas : — 1° lorsqu'il s'agit d'opérations de prêt ayant pour objet autre chose que de l'argent (L. 3, §§ 2, 3, L. 4, D., *De stc. Maced.*, liv. XIV, tit. VI); — 2° lorsque le père de famille a approuvé l'emprunt d'argent fait par le fils (L. 9, § 3, D., *eod.*).; — 3° lorsque l'emprunt a été contracté dans l'intérêt du père et a tourné à son profit (L. 7, § 5, D., *De in rem verso*, liv. XV, tit. III); — 4° lorsque le prêteur a été de bonne foi, et avait de fortes raisons de croire l'emprunteur *sui juris* (L. 3, *pr.*, L. 19, D., *De stc. Maced.*, liv. XIV, tit. VI), ou que l'emprunteur s'est frauduleusement fait passer pour *sui juris* (L. 1, C., *De stc. Maced.*, liv. IV, tit. XXVIII); — 5° lorsque le fils de famille était militaire au moment du prêt (L. 7, § 1, C., *eod.*).

L'exception du sénatus-consulte Macédonien, tout en anéantissant pour toujours l'action du prêteur, laisse subsister, à la différence du sénatus-consulte Velléien (2), une obligation naturelle. En conséquence, ce qui aurait été payé en remboursement du prêt ne pourrait être répété par la *condictio indebiti* (L. 9, §§ 4, 5, D., *eod.*).

(1) *Sic*, Pothier, *Pand.*, XIV, 6, n. 1, note *a*; Heineccius, *Antiquit. rom.*, IV, 7, 7; Demangeat, t. II, p. 647; Ortolan, t. III, p. 687, n. 2217; Maynz, t. II, § 319, p. 279, note 14; Labbé, *à son cours*.
(2) Voy. *supra*, liv. III, tit. XX, p. 425.

TITRE VIII

Des actions noxales

Qu'est-ce que l'action noxale? — Les délits commis par les esclaves ou par les fils de famille donnaient naissance à des actions pénales contre le maître ou contre le père de famille. Mais ceux-ci avaient la faculté d'échapper à toute condamnation en abandonnant au demandeur l'auteur du dommage. Telle était l'action *noxale* (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. VIII).

On nomme *noxa* l'auteur du fait nuisible (*corpus quod nocuit, id est, servus*) et *noxia* le délit même, tel qu'un vol, un enlèvement de biens par violence, un dommage causé, une injure (Instit., § 1, *eod.*). — On voit cependant le mot *noxa* pris, dans quelques textes, comme synonyme de *noxia*. De là, le nom d'action *noxale*, d'abandon *noxal*.

Sur quel principe reposait l'action noxale? — C'était un principe constant chez les Romains qu'un propriétaire ne devait pas subir à l'occasion d'une chose qui lui appartenait une perte supérieure à la valeur de cette chose. En conséquence, le propriétaire avait le droit, pour échapper à la peine infligée au délit, d'abandonner la propriété du *corpus quod nocuit*. Ce principe s'appliquait non-seulement aux esclaves et aux fils de famille, mais aux animaux et même aux choses inanimées (Instit., §§ 2, 7, *eod.*).

Caractères de l'action noxale. — L'action noxale n'était pas une espèce d'action particulière, ayant une existence propre. C'était l'action ordinaire résultant de tel ou tel délit, modifiée de manière qu'elle laissât au maître la faculté d'échapper aux suites de l'action ou de

la condamnation en faisant l'abandon noxal (*aut noxam dedere*) (Instit., § 1, liv. IV, tit. XVII). — Les actions noxales étaient les unes *civiles*, comme l'action noxale *furti* établie par la loi des Douze Tables, ou l'action noxale du dommage causé qui résulte de la loi *Aquilia*; — les autres, *prétoriennes*, comme les actions noxales *injuriarum* et *vi bonorum raptorum* (Instit., § 4, liv. IV, tit. VIII).

Contre qui se donnait l'action noxale? — L'action noxale était attachée à la personne de l'auteur du dommage (*omnis noxalis actio caput sequitur*). Elle se donnait contre celui qui possédait l'esclave au moment de la *litis contestatio*. Le propriétaire même n'en était tenu qu'en tant que possesseur de l'esclave. — Si donc votre esclave a commis un délit, tant qu'il reste sous votre puissance, c'est contre vous que l'action noxale est donnée; s'il passe sous la puissance d'une autre personne, c'est cette autre personne qui sera tenue de l'action. Mais si, depuis que le délit est commis, l'esclave a été affranchi, il n'y a plus d'action noxale. C'est le délinquant lui-même qui désormais est tenu directement (*directo ipse tenetur, et extinguitur noxæ deditio*). — En sens inverse, l'action qui était d'abord directe pouvait ensuite devenir noxale. En effet, qu'un homme libre commette un délit à l'encontre de *Primus*, et devienne ensuite votre esclave, l'action de *Primus*, qui était jusque-là directe, devient noxale, contre vous (Instit., § 5, *eod.*). — Si l'esclave appartenait à plusieurs maîtres, l'action noxale avait lieu contre chacun d'eux *in solidum* (L. 1, § 14, D., *Si quadrup.*, liv. IX, tit. I).

Quid, si l'esclave a commis un délit envers son maître? — Si l'esclave commettait un délit envers son maître, il n'en résultait aucune action; car il ne pouvait pas naître d'obligation entre le maître et celui qui était sous sa puissance. C'est pourquoi, l'esclave vînt-il à passer sous la puissance d'un tiers ou à être affranchi, l'ancien mat-

tre n'aurait aucune action ni contre la personne sous la puissance de laquelle l'esclave avait passé, ni contre l'affranchi. — En sens inverse, le maître qui aurait commis un délit envers son esclave ne pourrait jamais être tenu de l'action noxale, même au cas d'aliénation ou d'affranchissement ultérieur de l'esclave (Instit., § 6, *eod.*).

Quid, si un esclave appartenant à autrui et ayant commis un délit vis-à-vis de vous tombait ensuite sous votre puissance? — L'action que vous aviez ne pouvait plus être exercée ; elle était totalement éteinte, parce que les choses en étaient venues au point où il ne pouvait plus y avoir d'action (*quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuerit*). Si bien que, l'esclave vînt-il à sortir de votre puissance, vous ne pourriez agir. Telle était du moins la doctrine enseignée par les Sabiniens et adoptée par Justinien dans ses Institutes. Selon les Proculiens, votre action n'était qu'assoupie (*quiescere actionem putant*) tant que l'esclave était sous votre puissance, mais elle ressuscitait dès l'instant que l'esclave passait sous la puissance d'un tiers (*tunc eam ressuscitari*) (Gaïus, C. IV, § 78 ; Instit., § 6, *eod.*).

De quelle manière et à quel moment se faisait l'abandon noxal? — L'abandon noxal consistait dans la translation de propriété au moyen d'une mancipation ou d'une cession *in jure* (Instit., § 3, *eod.*). Le maître se dépouillait de tout droit sur l'esclave au profit de la personne victime du délit. Cet abandon noxal pouvait être fait par le maître à toute époque, soit avant toute poursuite (*ante litem contestatam*), soit après la *litis contestatio* et avant la sentence, soit même après la condamnation (Instit., *pr.*, *eod.*). — Cependant l'obligation du maître n'était point alternative; elle avait plutôt un caractère facultatif (Instit., § 1, liv. IV, tit. XVII : L. 6, § 1, D., *De re jud.*, liv. XLII, tit. I).

Effet de l'abandon noxal. — Lorsqu'un esclave était abandonné noxalement, il devenait l'esclave de celui au-

quel était fait l'abandon (*nec minus perpetuum ejus dominium a domino transfertur*) (Instit., § 3, liv. IV, tit. VIII). D'ailleurs, si l'esclave trouvait le moyen, en se procurant de l'argent, d'indemniser ce nouveau maître, il pouvait le forcer avec le secours du préteur à lui donner la liberté (*auxilio prætoris invito domino manumittetur*) (Instit., § 3 *in fine*).

Dans quels cas l'abandon noxal ne pouvait être fait? — L'abandon noxal ne pouvait être fait par le maître qui avait coopéré au délit, ou même qui aurait pu le prévenir en employant les soins d'un bon père de famille (L. 2, *pr.* et § 1, D., *De nox. act.*, liv. IX, tit. IV); non plus que par celui qui mensongèrement avait nié posséder l'esclave (L. 2, § 1, D., *Si ex nox. caus. ag.*, liv. II, tit. IX).

Réformes en matière d'abandon noxal. — Dans le droit antérieur à Justinien les principes de l'abandon noxal, relatifs à l'esclave, s'appliquaient également aux fils ou à la fille de famille. Mais, comme la puissance paternelle était intransmissible, la personne victime du délit n'acquérait sur le fils ou la fille de famille que le *mancipium*, à l'effet de les constituer *in mancipio* (Gaïus, C. I, §§ 140, 141) (1).

Justinien nous apprend dans ses Institutes (§ 7, *eod.*), que de son temps cet abandon des enfants de famille, contraire à la décence et aux mœurs, était déjà tombé en désuétude.

(1) Voy. en ce qui concerne le *mancipium*, ci-dessus, liv. I, tit. X, p. 62 et suiv.

TITRE IX

Du dommage causé par un quadrupède

Qu'est-ce que l'action noxale de pauperie? — Lorsqu'un animal causait un dommage, la personne victime de ce dommage avait, en vertu de la loi des Douze Tables, une action en réparation contre le propriétaire. Mais ce dernier pouvait échapper à l'obligation de réparer le préjudice causé en faisant l'abandon noxal. On appelait *pauperies* le dommage causé sans mauvaise intention de la part de celui qui l'a occasionné (*sine injuria facientis*); en effet, un animal qui manque de raison ne saurait être considéré comme ayant causé du tort contrairement au droit. De là le nom d'action noxale *de pauperie* (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. IX).

A quels animaux s'appliquait l'action de pauperie? — L'action noxale établie par la loi des Douze Tables ne se référait qu'aux quadrupèdes (*quadrupes*); elle n'avait lieu que lorsque le quadrupède avait causé un préjudice qui pouvait être conforme à ses habitudes, mais qui n'en était pas moins contraire à la nature de son espèce. Par exemple, c'est un cheval fougueux qui, suivant son habitude, a lancé une ruade; ou bien un bœuf qui, suivant son habitude, a porté un coup de corne.

La loi des Douze Tables ne donnait pas l'action *de pauperie*, s'il s'agissait d'un animal bipède; ou bien d'un animal qui avait causé le dégât par une férocité naturelle à son espèce. Par exemple, c'est un ours qui, après s'être enfui de chez son maître, a causé un dommage.—Il y avait d'ailleurs une bonne raison pour que le maître ne fût pas tenu, dans ce dernier cas, de l'action noxale *de pauperie*. C'était que l'animal sauvage qui s'échappait recouvrait sa

liberté naturelle et cessait d'appartenir à son ancien maître. En conséquence, le maître, n'étant plus propriétaire de l'animal, ne pouvait pas être tenu de l'action noxale *de pauperie* (Instit., *pr.*, *eod.*).

Action introduite par l'Édit des édiles. — Les édiles ont introduit par leur Édit une action nouvelle basée sur un principe nouveau. Ils ont considéré comme coupable d'une négligence grave celui qui détenait près des lieux fréquentés par le public (*qua vulgo iter fit*) un chien, un porc, un sanglier, un ours ou un lion. Le maître de l'animal était condamné, pour blessures faites à un homme libre, à une somme dont le juge pouvait apprécier le montant *ex æquo et bono*, et, pour tous autres dommages, au double du préjudice causé (Instit., § 1, *eod.*). La condamnation prononcée par l'Édit des édiles ne pouvait être évitée par le propriétaire qui offrait même de faire l'abandon noxal de l'animal.

Cette action créée par les édiles n'empêchait pas la victime du dommage d'exercer en même temps l'action noxale *de pauperie*, si l'on se trouvait dans un cas où elle était admise (*nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit*) (Instit., § 1, *eod.*).

TITRE X

Par quelles personnes on peut agir en justice

I. Système des actions de la loi.

Sous le système des actions de la loi, une personne ne pouvait pas agir en justice pour une autre (*nemo alieno nomine lege agere potest*). Tel était du moins le principe.

Ce principe ne recevait que quatre exceptions :

1° On pouvait agir pour autrui, *pro populo*, quand on intentait une accusation publique, ou une action *populaire*.

2° On pouvait agir pour autrui, *pro libertate*, quand on se portait *assertor libertatis* pour revendiquer, dans un *liberali judicio*, la liberté d'une personne tenue en esclavage, et qui, à raison de son état de servitude présumée, était incapable d'agir par elle-même.

3° On pouvait agir pour autrui, *pro tutela*, lorsqu'en qualité de tuteur on soutenait un procès dans l'intérêt d'un pupille *infans*.

4° Enfin on pouvait agir pour autrui, *lege Hostilia*, lorsqu'on exerçait l'action de vol (*furti*) au nom des citoyens prisonniers chez l'ennemi, ou absents pour le service de la république, ainsi qu'au nom des personnes dont on avait la tutelle (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. x).

Ces exceptions, dont le nombre était restreint, étaient loin de suffire aux exigences de la pratique. En effet, la maladie, l'âge, un voyage indispensable, et beaucoup d'autres motifs, mettaient souvent les personnes dans l'impossibilité de suivre elles-mêmes leurs propres affaires. Il fallait donc de toute nécessité admettre pour ces personnes la faculté de plaider, soit comme demandeurs, soit comme défendeurs, par le ministère d'un tiers (Instit., *ibid.*). C'est ce qui explique le changement que nous trouverons sous la période qui suit.

II. **Système formulaire.**

Sous le système formulaire, le principe est renversé. En règle générale, on peut agir au nom d'autrui, ou plaider par le ministère d'une tierce personne.

Cette tierce personne se nomme ou *cognitor*, ou *procurator*, ou *defensor*.

Qu'est-ce que le cognitor?

Le *cognitor* est la personne que le *dominus litis* se substitue pour soutenir un procès. Cette substitution se fait devant le magistrat, en présence de l'adversaire, avec des

paroles solennelles (*certis verbis*); elle ne peut avoir lieu sous condition. — Peu importe du reste que le *cognitor* soit absent, lorsqu'il est constitué. S'il est absent, il ne deviendra *cognitor* que lorsqu'il aura appris sa nomination et accepté le mandat qui lui est conféré (Gaïus, C. IV, § 83).

Dès que la constitution du *cognitor* est devenue définitive par son acceptation, le *cognitor* s'identifie complétement avec le *dominus litis* à tel point que la chose jugée vis-à-vis du *cognitor* l'est également vis-à-vis du *dominus litis*. L'action *judicati* est donnée par le préteur au *dominus litis* ou contre lui sous forme d'action utile (*utilitatis causa*). Exceptionnellement, l'action *judicati* est donnée au *cognitor* ou contre le *cognitor*, lorsque ce dernier a agi *in rem suam* (*Frag. Vat.*, § 317).

Qu'est-ce que le procurator?

Le *procurator* est constitué en vertu d'un simple mandat du *dominus litis* dont il défend les intérêts. Mais il est inutile de se présenter devant le magistrat, de prononcer des paroles sacramentelles. Il n'est pas nécessaire non plus que ce *procurator* soit institué en présence de l'adversaire au procès. Il est possible même qu'il n'ait reçu aucun mandat; tel est le gérant d'affaires (Gaïus, C. IV, § 84; Instit., § 1, *eod.*).

A l'origine, le *procurator* se distinguait principalement du *cognitor* en ce qu'il ne s'identifiait pas avec le *dominus litis*. L'action *judicati* était donnée au *procurator* et contre le *procurator*. C'était lui et non pas le *dominus litis* qui était le titulaire de la condamnation. D'où il résultait que le droit du *dominus litis* n'était pas éteint par l'action accordée au *procurator*. L'adversaire ne pouvait se garantir de l'exercice d'une nouvelle action intentée par le *dominus litis* qu'au moyen de la caution *rem ratam dominum habiturum* qu'il exigeait du *procurator* (Gaïus, C. IV, §§ 97, 98).

Ces règles ont été modifiées par la jurisprudence qui

commença par distinguer entre le *procurator præsentis* et le *procurator absentis*.

Le *procurator præsentis* est celui qui est institué mandataire *ad litem* par le *dominus* devant le magistrat, en présence de l'adversaire. Le mode de constitution du *procurator præsentis* est donc le même que le mode de constitution du *cognitor*, sauf qu'il n'est plus nécessaire de prononcer des paroles solennelles. Le *procurator præsentis* est assimilé au *cognitor* à l'effet de représenter pleinement le *dominus litis*. L'action *judicati* est donnée pour ou contre ce dernier (*Frag. Vatic.*, §§ 317, 331).

Le *procurator absentis* est celui qui est institué hors de la présence du magistrat et de l'adversaire au procès. Il ne s'identifie pas avec le *dominus litis* et reste soumis aux anciens principes.

Plus tard il suffit, pour que le *procurator* fût considéré comme *procurator præsentis*, que le mandat fût certain. C'est ce qui arrivait lorsque la constitution du *procurator* était faite par acte public (*apud acta*) (Instit., § 3, liv. IV, tit. XI).

Qu'est-ce que le defensor?

Le *defensor* est celui qui, *sans mandat*, plaide pour autrui. C'est un véritable *negotiorum gestor*. Ordinairement le *defensor* ne peut représenter que le défendeur : de là, sans doute, son nom. Le *defensor* ne s'identifie pas avec le *dominus litis;* l'action *judicati* donnée contre lui ne saurait atteindre le *dominus litis*. Aussi est-il tenu de fournir la caution *ratam rem dominum habiturum* (Instit., § 5, liv. IV, tit. XI).

III. Droit de Justinien.

Sous Justinien, il n'y a plus de *cognitor*. Le *procurator præsentis* n'est pas tenu de donner caution, et le *procurator absentis* n'y est pas non plus obligé lorsqu'il est muni d'un mandat publiquement constaté. Ces représentants s'identifient complétement avec le représenté. Le *defensor* et le *procurator absentis* non muni d'un mandat authenti-

que, sont seuls tenus de donner caution parce qu'il n'y a pas identification entre eux et le *dominus litis* (Instit., § 3, liv. IV, tit. XI).

TITRE XI

Des satisdations

Qu'est-ce qu'une satisdation?

Satisdare, c'est faire une promesse corroborée par un ou plusieurs fidéjusseurs. Les personnes qui figuraient dans un procès étaient obligées en droit romain de fournir certaines garanties.

Il faut distinguer deux époques : — avant Justinien; — depuis Justinien.

I. Avant Justinien.

Deux hypothèses méritent d'être signalées avec soin : — ou on plaidait pour soi-même; — ou bien on plaidait pour autrui.

1° *Quand on plaidait pour soi-même* (*proprio nomine*), on n'était tenu que dans un seul cas à fournir une satisdation. C'était lorsqu'on était défendeur dans une action *in rem*. Le défendeur devait donner la caution *judicatum solvi*. Pourquoi? Parce que dans l'action *in rem* (en revendication), le défendeur restait en possession de la chose litigieuse pendant la durée du procès. On a pensé que cet avantage devait être compensé par un avantage équivalent au profit du demandeur. — Cette caution *judicatum solvi* avait un triple but : — *a*. d'assurer le payement de la condamnation au cas où le défendeur condamné se refuserait à restituer la chose (*de re judicata*); — *b*. de contraindre le défendeur à rester dans l'instance jusqu'à la fin du procès (*de re defendenda*); — *c*. d'empêcher le dé-

fendeur de commettre un dol relativement à l'objet litigieux (*de dolo malo*) (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. XI; L. 6, D., *Judic. solvi*, liv. XLVI, tit. VII).

N'avaient donc point à fournir de caution *judicatum solvi*, le demandeur dans une action *in rem*, le demandeur et le défendeur dans une action *in personam* (Instit., § 1 *in fine*).

2° *Quand on plaidait pour autrui* (*alieno nomine*), — comme défendeur, — on devait toujours donner la caution *judicatum solvi*, sans distinction aucune entre l'action réelle et l'action personnelle (Instit., *pr.* et § 1, *eod.*). — Peu importait d'ailleurs que le représentant fût un *cognitor*, un *procurator*, un *defensor*, un tuteur ou un curateur. Car il était de principe, en droit romain, que *nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur* (Instit., § 1, *eod.*). Seulement, lorsqu'il s'agissait d'un *cognitor* ou d'un *procurator præsentis*, la caution *judicatum solvi* était fournie par le *dominus litis* lui-même; tandis que, s'il s'agissait d'un *procurator absentis*, d'un *defensor*, d'un tuteur ou d'un curateur, c'était par ce *procurator absentis*, par ce *defensor*, par ce tuteur ou ce curateur même, que la caution *judicatum solvi* était fournie (Gaïus, C. IV, § 101 *in fine*).

Quand on plaidait pour autrui — comme demandeur — on était tantôt tenu, tantôt dispensé de donner caution. — Étaient tenus de donner la caution dite *rem ratam dominum habiturum*, le *procurator absentis*, le tuteur et le curateur, d'après les termes de l'Édit. En effet, comme ces sortes de représentants ne s'identifiaient pas avec le représenté, il était à craindre que ce dernier, refusant sa ratification, ne voulût soulever de nouveau la même question (*periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem re experiretur*) (Instit., *pr.* et § 3, *eod.*).

Étaient dispensés de donner la caution *rem ratam dominum habiturum*, le *cognitor*, le *procurator præsentis*; car ces représentants s'identifiaient avec le représenté; en

sorte que l'action exercée par eux était censée l'avoir été par le *dominus litis* lui-même (Instit., § 3, *eod.*).

II. Droit de Justinien.

Il faut encore distinguer entre le cas où l'on plaidait pour soi-même, et le cas où l'on plaidait pour autrui.

1° *Cas où l'on plaidait pour soi-même* (*proprio nomine*). — Le défendeur qui agissait *suo nomine* dans une action *in rem* n'était plus tenu de donner caution pour la valeur du litige (*nullam satisdationem pro litis æstimatione dare compellitur*) ; il devait seulement garantir qu'il resterait dans l'instance jusqu'à la fin du procès (*sed pro sua tantum persona quod in judicio permaneat usque ad terminum litis*).

Cette garantie ne consistait pas toujours en une caution proprement dite, c'est-à-dire en un fidéjusseur. Quelquefois on exigeait seulement que le défendeur prêtât serment de rester en cause jusqu'à la fin du litige. D'autres fois on se contentait d'une simple promesse de sa part (*nudam promissionem*) (Instit., § 2, *eod.*).

2° *Cas où l'on plaidait pour autrui* (*alieno nomine*). — Si l'on agissait — comme demandeur — on était tenu de donner la caution *rem ratam dominum habiturum* toutes les fois qu'il n'y avait pas de mandat insinué (*si non mandatum actis insinuatum est*), ou que le maître du litige ne se présentait pas en personne devant le juge pour confirmer la constitution de son procureur (*vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit*) (Instit., § 3, *eod.*).

Si l'on agissait *alieno nomine* — comme défendeur — on restait soumis à l'ancienne règle *Nemo alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur ;* et on devait fournir au demandeur la caution *judicatum solvi ;* à moins que cette garantie n'eût été fournie par le *dominus litis* lui-même intervenu au procès ou extrajudiciairement. Le *dominus litis* devait en outre consentir une hypothèque sur ses biens, et enfin donner la garantie de se présenter

en personne le jour du prononcé du jugement (Instit., § 4, *eod.*). — En cas d'absence du défendeur, un tiers quelconque pouvait prendre sa place à la condition toutefois de fournir la caution *judicatum solvi* (Instit., § 5, *eod.*).

TITRE XII

Des actions perpétuelles et des actions temporaires et de celles qui passent aux héritiers ou contre les héritiers

Qu'entend-on par actions perpétuelles et par actions temporaires ?

Les actions sont *perpétuelles* ou *temporaires* : perpétuelles, quand elles peuvent être indéfiniment exercées; temporaires, quand elles s'éteignent après un certain temps.

Il faut se placer à deux époques pour suivre les changements de la législation en cette matière : — dans le droit ancien, — dans le droit du Bas-Empire.

I. **Droit ancien.**

Étaient, en général, perpétuelles les actions qui dérivaient du droit civil, c'est-à-dire d'une loi, d'un sénatus-consulte, d'une constitution impériale, sans distinction aucune entre les actions personnelles et les actions réelles.

Exceptions à ce principe. — 1° L'action *De lege Julia repetundarum* était limitée à un an contre les héritiers (L. 2, D., *De leg. Jul. repet.*, liv. XLVIII, tit. XI). — 2° L'action civile contre les *sponsores* et les *fidepromissores* était limitée à deux ans (*biennio liberabantur*) aux termes d'une loi *Furia* (1). — 3° La *querela inofficiosi testamenti* était limitée à cinq ans (2).

(1) Voy. *supra*, liv. III, tit. XX, p. 448.
(2) *Ibid.*, liv. II, tit. XVIII, p. 236.

Étaient, en général, temporaires et ne duraient qu'un an, les actions nées de la juridiction du préteur qui avaient pour but de combattre et de corriger un principe du droit civil (L. 35, *pr.*, D., *De oblig. et act.*, liv. XLIV, tit. VII). Telles étaient, par exemple, les actions *de dolo*, *quod metus causa*, l'action publicienne rescisoire, l'action paulienne, etc.

Exceptions à ce principe. — Étaient perpétuelles, comme les actions civiles, certaines actions prétoriennes qui avaient pour but de développer et d'étendre un principe du droit civil (L. 35, *pr.*, D., *eod.*). Telles étaient, par exemple, les actions qui se donnaient aux possesseurs de biens et à tous ceux qui étaient *loco heredum;* l'action publicienne ordinaire, et, en général, toutes les actions persécutoires de la chose. — Il en était de même des actions pénales introduites par le préteur pour adoucir le droit civil, comme de l'action au quadruple *furti manifesti;* ce qui était juste, dit Gaïus, car on avait substitué une peine pécuniaire à la peine capitale que la loi des Douze Tables avait portée contre le voleur manifeste (Gaïus, C. IV, § 111; Instit., *pr.*, liv. IV, tit. XII).

Observation. — L'année pendant laquelle durent les actions prétoriennes est une année utile et non pas une année continue.

II. **Droit du Bas-Empire.**

D'après une constitution de Théodose le Jeune (L. 3, C., *De præsc.* XXX, *vel* XL *ann.*, liv. VII, tit. XXXIX), les actions qui, dans l'ancien droit, étaient perpétuelles ont été limitées à une durée de *trente ans*, sans distinction aucune entre les actions personnelles et les actions réelles.

Mais il y a des exceptions : — 1° l'action hypothécaire, lorsque la chose hypothéquée est restée dans le patrimoine du débiteur constituant, se prescrit seulement par quarante ans (L. 7, § 1, C., *eod.*); — 2° la prescription de trente ans ne court pas contre les pupilles; cette

matière continue à être régie par les règles de l'ancien droit (L. 3, C., *eod.*).

Ainsi, sous Justinien, on donne le nom d'actions perpétuelles aux actions dont la durée est de trente ou de quarante ans, et d'actions temporaires à celles dont la durée se trouve limitée à un moindre laps de temps.

De la durée des instances. — Il ne faut pas confondre la durée des actions avec la durée des instances. Chez les Romains, comme dans nos législations modernes, on avait compris l'intérêt qu'il y avait à ne pas laisser les procès traîner indéfiniment en longueur.

Dans le droit classique, le délai dans lequel, une fois le procès engagé, la sentence devait nécessairement être rendue, variait suivant qu'il s'agissait d'un *judicium legitimum* ou d'un *judicium imperio continens*. Au cas d'un *judicium legitimum*, l'instance devait être jugée et terminée dans un délai de dix-huit mois (Gaïus, C. IV, § 104). Si le *judicium* était *imperio continens*, la durée de l'instance se prolongeait pendant tout le temps que durait le pouvoir du magistrat qui l'avait organisée en délivrant la formule (Gaïus, C. IV, § 105).

Sous Justinien, les instances ne doivent pas durer plus de trois ans (L. 13, C., *De judiciis*, liv. III, tit. 1).

ACTIONS QUI PASSENT AUX HÉRITIERS OU CONTRE LES HÉRITIERS.

Des actions qui passent aux héritiers du créancier.

En règle générale, les actions, soit *rei persecutoriæ*, soit pénales, passent aux héritiers du créancier.

Il y a des exceptions à ce principe. Ainsi, dans l'ancien droit, l'action appartenant à l'*adstipulator* ne se transmettait pas à ses héritiers (Gaïus, C. IV, § 113) (1). Dans le

(1) Voy. liv. III, tit XIX, p. 416.

droit de Justinien, certaines actions ayant un caractère tout à fait personnel, comme l'action d'injure (1), la *querela inofficiosi testamenti*, ne passent pas aux héritiers du défunt (2).

Des actions qui se donnent contre les héritiers du débiteur.

Il faut distinguer :

Les actions *rei persecutoriæ* se donnent contre les héritiers ou successeurs du défunt.

Les actions *pénales*, au contraire, ne sont point transmissibles contre les héritiers du délinquant. Ceux-ci peuvent être tenus cependant jusqu'à concurrence de ce dont le délit de leur auteur les aurait enrichis (Instit., § 1, *eod.*).

Effet de la litis contestatio relativement aux actions qui ne sont point transmissibles aux héritiers ou contre les héritiers.

Une fois l'instance organisée par la *litis contestatio*, les actions qui s'éteignent par la mort de l'une des parties ne sont plus soumises à cette cause d'extinction. La transmissibilité a lieu activement et passivement (*actiones quæ tempore vel morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent*. Instit., § 1 *in fine*) (3).

TITRE XIII

Des exceptions

Notions générales. — On entend par *défense*, dans un sens large, tout moyen employé par le défendeur pour résister à la demande. En ce sens, une *exception* est un moyen de défense.

(1) Voy. liv. IV, tit. IV, p. 550 et 554.
(2) Voy. liv. II, tit. XVIII, p. 235 et 236.
(3) Voy. liv. IV, tit. VI, p. 564.

Mais on appelle, à proprement parler, *défense* le moyen qui tend à soutenir précisément le contraire de la prétention soulevée par le demandeur. Exemple : *Primus* intente contre *Secundus* une *condictio certi*, à l'effet d'obtenir de ce dernier le remboursement de 100 sesterces qu'il prétend lui avoir prêtés. A cette demande *Secundus* oppose qu'il a rendu à *Primus* les 100 sesterces en question. Le défendeur allègue, dans notre hypothèse, un fait qui a détruit le droit du demandeur : il y a là défense proprement dite, et non point exception. Tous les moyens de défense ne sont point des exceptions.

L'*exception* se distingue de la défense proprement dite en ce qu'elle ne consiste pas dans une négation de la prétention du demandeur, mais dans l'invocation de la part du défendeur d'un droit rival de celui du demandeur et qui aura pour effet de paralyser l'action de ce dernier. Exemple : à *Primus*, qui lui réclame par une *condictio certi* le remboursement de 100 sesterces, *Secundus* répond : « Je ne conteste pas votre créance, mais il est intervenu depuis entre nous une convention aux termes de laquelle vous vous êtes engagé à ne pas me réclamer le remboursement de ces 100 sesterces. » C'est là une *exception*.

Sous le système de la procédure formulaire, l'exception fondée sur l'équité n'avait pas besoin d'être insérée dans la formule des actions de bonne foi. Le juge, en effet, recevait ici la mission d'apprécier la demande d'après l'équité (*ex æquo et bono*) ; il pouvait par cela seul admettre les moyens du défendeur que l'équité réclamait : dans ce sens, on disait : *In judiciis bonæ fidei exceptiones insunt*. — Au contraire, l'exception figurait en termes exprès, dans la formule, à la suite de l'*intentio*, dans toutes les actions de droit strict, et même dans les actions de bonne foi lorsqu'elle n'était pas fondée sur l'équité. Elle y était ajoutée dans l'intérêt du défendeur afin qu'il fût autorisé à soutenir devant le juge autre chose que ce

qui était indiqué dans l'*intentio*. Car le juge n'était investi que d'un pouvoir restreint, et devait se tenir dans les limites rigoureuses que lui traçait l'*intentio* de la formule. Il était tenu de condamner le défendeur, sans avoir égard aux diverses circonstances qui avaient pu modifier la situation respective des parties, lorsque le demandeur parvenait à justifier la prétention formulée dans l'*intentio*. Il pouvait en résulter des condamnations iniques. Aussi, l'insertion de l'exception dans la formule avait pour effet d'éviter ces résultats iniques, en rendant la condamnation du défendeur *conditionnelle*. L'exception se présentait avec l'une des expressions suivantes : *si non*, *nisi*, *extra quam*, etc. ; sous la forme d'une restriction mise à l'ordre de condamner, par exemple : *Si in ea re nihil dolo malo factum sit, neque fiat*. Quand même le demandeur prouvait son *intentio*, il n'obtenait la *condemnatio* que si l'exception du défendeur n'était pas fondée (Gaïus, C. IV, § 119; L. 22, *pr.*, D., *De except.*, liv. XLIV, tit. I).

On désignait quelquefois l'exception par le mot *præscriptio*. Toutefois on appelait plus spécialement *præscriptio*, *præscriptiones*, les réserves et moyens qui, au lieu de venir à la suite de l'*intentio*, comme les exceptions, la précédaient et se trouvaient insérés en tête de la formule, *præscribere*. — Les exceptions n'étaient introduites que dans l'intérêt du défendeur. Les *præscriptiones* pouvaient être faites dans l'intérêt du demandeur aussi bien que dans celui du défendeur (*ex parte actoris*, *vel ex parte rei*). A l'époque de Gaïus, le mot *præscriptio* servait à désigner spécialement le moyen favorable au demandeur. Quant aux *præscriptiones* dans l'intérêt du défendeur, elles ne se présentaient plus que sous forme d'exceptions (Gaïus, C. IV, §§ 130, 133).

Inconnues sous le système des actions de la loi, les exceptions ont dû leur développement au système formulaire ; elles ont même survécu à la chute de ce système, et ont conservé encore, dans le dernier état de la législa-

tion, assez d'utilité pour mériter un examen particulier des rédacteurs des Institutes (1).

Division des exceptions.

Les exceptions se divisent, — soit à raison de leur origine,—soit à raison de leur nature,—soit à raison de leur durée,—soit à raison du but qu'elles atteignent.

I. **A raison de leur origine.** — Les unes ont été établies par des lois ou par d'autres actes législatifs, tels que les sénatus-consultes et les constitutions impériales; les autres, par le préteur.

Exceptions du droit civil. — Parmi les exceptions dérivant du droit civil proprement dit, on peut citer l'exception *justi dominii* opposable à l'action publicienne (2).

Parmi les exceptions dérivant des lois on peut citer :— l'exception de la loi *Cincia* sur les donations (3), — l'exception *nisi bonis cesserit*, résultant de la loi *Julia* sur la cession des biens (4).

Parmi les exceptions dérivant des sénatus-consultes, on peut citer : — l'exception du sénatus-consulte Trébellien, dite *restitutæ hereditatis*, accordée à l'héritier fiduciaire (5); — l'exception du sénatus-consulte Velléien en faveur de la femme (6); — l'exception du sénatus-consulte Macédonien en faveur du fils de famille (7).

Parmi les exceptions dérivant des constitutions, on peut citer : — l'exception *si non et illi solvendo sint*, accordée aux fidéjusseurs en vertu du rescrit d'Adrien (8); — l'exception *de dol*, lorsqu'on l'applique en vertu du rescrit de Marc-Aurèle, pour contraindre le demandeur à

(1) Voy. en ce qui concerne l'intérêt qu'il y a à distinguer les exceptions des autres moyens de défense, en matière d'extinction des obligations, *supra*, liv. III, tit. XXIX, p. 500 et 501.
(2) Voy. *supra*, liv. IV, tit. VI, p. 578 et 579.
(3) Voy. liv. II, tit. VII, p. 465 et 466.
(4) Voy. liv. IV, tit. VI, p. 613 et 614.
(5) Voy. liv. II, tit. XXIII, p. 282.
(6) Voy. liv. III, tit. XX, p. 424.
(7) Voy. liv. IV, tit. VII, p. 625.
(8) Voy. liv. III, tit. XX, p. 421 et 422.

introduire la compensation dans une action de droit strict (1).

Exceptions du droit prétorien. — La plupart des exceptions ont été introduites par le droit prétorien pour tempérer ou pour paralyser la rigueur des principes du droit civil (Instit., § 1, liv. IV, tit. XIII).

Parmi les principales exceptions prétoriennes on peut citer : — l'exception *doli mali;* — *quod metus causa;* — *pacti conventi;* — *jurisjurandi,* etc.

II. **A raison de leur nature.** — Les exceptions sont *in rem* ou *rei cohærentes* et *in personam* ou *personæ cohærentes.* Les premières forment la règle.

Exceptions in rem ou rei cohærentes. — Ce sont celles qui, dégagées de toute considération de personne, tiennent à la chose, à la dette elle-même. Elles peuvent être invoquées non-seulement par la personne de l'obligé, mais encore par ses fidéjusseurs et ses successeurs; alors elles sont *in rem* activement. Elles sont *in rem* passivement lorsqu'elles peuvent être opposées à quiconque intentera l'action, que ce soit l'ayant droit primitif, ou que ce soient ses successeurs universels ou même à titre particulier. Il y a des exceptions *in rem* activement et passivement à la fois; d'autres ne le sont que d'une seule manière (L. 7, § 1, D., *De except.*, liv. XLIV, tit. I).

Exemples : l'exception *quod metus causa* est *in rem* au point de vue actif et au point de vue passif à la fois : — au point de vue actif en ce qu'elle peut être opposée par l'obligé et par ses fidéjusseurs et successeurs quelconques; — au point de vue passif, en ce qu'elle peut être opposée à tout demandeur agissant en vertu de l'obligation contractée par violence, que ce demandeur ait ou non participé à la violence (L. 4, § 33, D., *De dol. mal. et met. except.*, liv. XLIV, tit. IV).

L'exception de dol est *in rem* au point de vue actif; car

(1) Voy. liv. IV, tit. VI, p. 615 et 616.

elle peut être invoquée non-seulement par la personne victime du dol ou par ses héritiers, mais même par tous ses successeurs ou ayants cause quelconques à titre onéreux ou gratuit. Mais l'exception de dol peut, au point de vue passif, être considérée comme personnelle (*personam complectitur*), en ce sens qu'elle ne peut être opposée qu'à la personne coupable du dol, à ses héritiers ou à ses successeurs ou ayants cause *à titre gratuit* (L. 4, §§ 27, 31, 33, D., *eod*).

Exceptions in personam ou personæ cohærentes. — Ce sont celles qui proviennent de quelque considération exclusivement propre à la personne du débiteur. Elles ne peuvent être invoquées que par le débiteur, sans que ses coobligés ou ses fidéjusseurs puissent en profiter ; elles ne sont également opposables qu'à telle personne déterminée. Il y a des exceptions qui sont *in personam* activement et passivement, d'autres qui ne le sont que d'une seule manière (L. 7, D., *eod.*)

Exemples : — L'exception résultant du pacte *de non petendo* fait *in personam* est personnelle au double point de vue actif et passif, en ce qu'elle ne peut être invoquée que par le débiteur non par ses codébiteurs, ni même par ses héritiers, et qu'elle ne peut être opposée qu'au créancier qui a consenti le pacte. On peut encore citer parmi les exceptions *in personam* l'exception *nisi bonis cesserit* et celle au moyen de laquelle se réalise au profit de l'associé, de l'ascendant, du patron, le bénéfice de compétence (Instit., § 4, liv. IV, tit. XIV; L. 7, *pr.*, D., *De except.*, liv. XLIV, tit. I).

III. **A raison de leur durée.** — Les exceptions sont ou perpétuelles et péremptoires, ou temporaires et dilatoires (Instit., § 8, liv. VI, tit. XIII).

Exceptions perpétuelles et péremptoires. — Elles sont *perpétuelles* parce qu'elles peuvent, à quelque époque que ce soit, être opposées à l'action du demandeur (*semper agentibus obstant*). Elles sont *péremptoires* par cela même

que, formant un obstacle perpétuel à la demande, elles paralysent, elles anéantissent pour toujours l'action (*semper rem de qua agitur perimunt*) (Instit., § 9, *eod.*).

Exemples : — l'exception *doli mali ;* — l'exception *quod metus causa ;* — l'exception *pacti conventi*, lorsqu'il a été convenu qu'on renonçait absolument à toute demande (Instit., *ibid.*).

Exceptions temporaires et dilatoires. — Elles sont *temporaires* parce qu'elles ne peuvent être proposées à l'action du demandeur que pendant un certain temps (*ad tempus nocent.*) Elles sont *dilatoires* parce qu'elles ont pour effet de repousser l'action du demandeur pour le moment seulement, de manière qu'il reste libre d'intenter ultérieurement une nouvelle action du même chef (*temporis dilationem tribuunt*) (Instit., § 10, *eod.*).

Exemples : — l'exception *pacti conventi* lorsqu'il a été convenu que le créancier ne pourrait agir pendant un certain temps, par exemple pendant cinq ans ; car, à l'expiration de ce délai, rien n'empêche le demandeur d'intenter l'action (Instit., *ibid.*). — L'exception *litis dividuæ* et *rei residuæ* (Gaïus, C. IV, § 122).

Certaines exceptions sont dilatoires *à raison de la personne ;* telles sont celles qu'on nomme *procuratoires*. Il y a, en effet, des personnes qui ne peuvent pas servir de *procuratores ad litem*, par exemple, les femmes, les militaires, les individus notés d'infamie. Si donc l'une de ces personnes est choisie comme *procurator*, le défendeur pourra, au moyen de l'exception *procuratoria* temporaire et dilatoire, repousser l'action du *procurator* (Instit., § 11, *eod.*). — Sous Justinien, l'infamie n'engendre plus l'incapacité d'instituer ni d'être institué *procurator ad litem* (Instit., *ibid.*).

Observation. — Il est à remarquer que, dans l'ancien droit, les exceptions temporaires et dilatoires avaient, lorsqu'elles étaient proposées pendant le délai, le même effet que les exceptions perpétuelles et péremptoires ; elles

paralysaient pour toujours; elles anéantissaient l'action du demandeur (Gaïus, C. IV, § 124). — Sous Justinien, le créancier qui agit avant l'échéance n'épuise plus son droit; mais, par extension d'une constitution de Zénon relative à la plus-pétition *tempore* (L. 1, C., *De plus-petit.*, liv. III, tit. x), il ne pourra de nouveau poursuivre le débiteur qu'après avoir laissé écouler le double du délai qui restait à courir, et qu'après lui avoir payé intégralement les frais de la première poursuite (Instit., § 10, *eod.*).

IV. **A raison de leur but.** — La plupart des exceptions ont pour but de faire prévaloir les idées d'équité et de bonne foi (Gaïus, C. IV, § 116; Instit., *pr.*, *eod.*). Quelques-unes cependant ont une tendance autre, et peuvent même au besoin produire une véritable iniquité; telle est, par exemple, l'exception *rei judicatæ*.

DE L'EXCEPTION REI JUDICATÆ

Qu'est-ce que l'exception rei judicatæ? — Une question litigieuse, qui a été débattue une première fois entre certaines personnes dans une instance, et qui a été tranchée par le juge, ne peut plus être de nouveau soulevée entre les mêmes personnes. Si donc l'ancien demandeur, après avoir échoué dans sa prétention, veut la reproduire dans une action nouvelle, il pourra être repoussé par l'exception *rei judicatæ* (Instit., § 5, *eod.*).

Fondement de cette exception. — Dans le but de mettre un terme aux procès et de tarir la source des dissensions privées, on a reconnu nécessaire d'attacher une fiction de vérité à la décision rendue par le juge; de là la maxime : *Res judicata pro veritate habetur*. Le juge, en effet, est sujet à l'erreur; et la sentence qu'il prononce ne peut avoir la force d'une vérité absolue. L'exception *rei judicatæ* ne s'appuie donc que sur une considération d'intérêt

social (L. 6, D., *De except. rei jud.*, liv. XLIV, tit. II). Aussi est-ce une raison de penser qu'à la différence de la plupart des exceptions, celle *rei judicatæ* n'était pas sous-entendue de plein droit dans les actions de bonne foi, mais qu'elle devait y être formellement insérée.

A quelles conditions est admise cette exception? — Elle exige la réunion de trois conditions, savoir : — qu'il y ait *eadem res*, — *eædem personæ*, — *eadem causa petendi*.

1° *Eadem res*. — Il faut que ce soit exactement la même question déjà jugée qui se trouve de nouveau l'objet de la seconde instance : qu'il s'agisse, par conséquent, du même corps certain (*idem corpus sit*), de la même créance (*quantitas eadem*), du même droit (*idem jus*). Peu importe, d'ailleurs, que la question apparaisse sous une autre forme, avec une autre espèce d'action (*vel alio genere judicii*) (L. 7, § 4, L. 12, L. 13, L. 14, D., *eod.*).

2° *Eædem personæ*. — La force de chose jugée d'une sentence est régie par les mêmes principes que la force obligatoire d'une convention ; elle ne peut être invoquée qu'entre les parties qui ont figuré au procès, et leurs successeurs universels. Quant aux successeurs particuliers, ils ne sont tenus de respecter la chose jugée que lorsque la sentence est antérieure à l'événement qui les a fait succéder au droit d'autrui (L. 29, § 1, D., *eod.*). — La chose jugée est encore opposable à celui qui n'a pas figuré en personne dans l'instance, mais qui s'y est fait représenter par un *procurator* dûment autorisé (1).

3° *Eadem causa petendi*. — Il faut distinguer entre les actions personnelles et les actions réelles. — Dans les actions personnelles il n'y a même cause que lorsque le fait générateur de l'obligation est le même. Ainsi, après avoir succombé dans l'action par laquelle je réclamais de vous *cent* en vertu d'une vente, je puis très-bien agir de nouveau contre vous afin de réclamer la même somme,

(1) Voy. à cet égard, *supra*, liv. IV, tit. X, p. 653 et suiv.

comme m'étant due en vertu d'une stipulation. Dans ce cas, vous ne pourrez m'opposer l'exception *rei judicatæ* (L. 31, D., *eod.*). — Dans les actions réelles, il en est autrement. Le demandeur qui, dans une action en revendication, se prétend propriétaire d'une chose, n'agit pas *expressa causa,* c'est-à-dire en indiquant la cause sur laquelle il fonde sa prétention. Aussi est-il admis devant le juge à faire valoir toutes les causes d'acquisition qui ont pu le rendre propriétaire. S'il ne les produit pas toutes, il est en faute et doit subir les conséquences de sa négligence. Il en résulte que, s'il a succombé une première fois, il ne pourra pas recommencer le procès et revendiquer de nouveau la même chose en vertu d'une autre cause d'acquisition. Le défendeur aura dans ce cas l'exception *rei judicatæ* pour repousser l'action du demandeur (L. 14, § 2, D., *eod.*).

Cette règle admet cependant deux restrictions : — 1° si le demandeur a eu soin, lors de la première instance, de faire insérer dans la formule, sous forme de *præscriptio,* la cause d'acquisition sur laquelle il fondait sa prétention, il peut agir une seconde fois contre la même personne, pour la même chose, en vertu d'une autre cause d'acquisition exclue de la formule (L. 11, § 2, D., *eod.*); — 2° une cause nouvelle d'acquisition survenue depuis le jugement autoriserait la partie qui a succombé à intenter une autre action réelle; car il est de toute impossibilité que ce droit nouveau ait été absorbé par la précédente instance (L. 11, § 4, D., *eod.*).

Quelle est l'étendue des effets produits par cette exception? — La chose jugée a pour effet, au cas d'un jugement absolutoire, de faire disparaître entièrement l'obligation sur laquelle il a été statué (1), et, au cas de

(1) Mais un jugement absolutoire injustement rendu (*iniquus*), tout en éteignant l'élément civil de l'obligation, en laisse-t-il subsister l'élément naturel? Voy., sur cette question controversée : — pour l'affirmative, M. Maynz, t. II, § 382, p. 558, texte et note 16; Goudsmit, *Cours de*

condamnation, de remplacer l'ancienne obligation par celle du *judicatum*.

De l'exception rei in judicium deductæ. — Il se peut que, dans le premier procès, aucune sentence n'ait été rendue, soit parce que l'affaire est encore pendante, soit parce qu'il y a eu péremption d'instance. Dans ce cas, on ne pourra pas renouveler le débat sur la question déduite dans le premier procès. Il y aura lieu à l'application de l'*exceptio rei in judicium deductæ* (Gaïus, C. IV, §§ 106, 107).

TITRE XIV

Des répliques

Qu'est-ce qu'une réplique? — Le défendeur ayant fait valoir ses exceptions, le demandeur, à moins de se soumettre aux conclusions de l'adversaire, cherchera à y répondre. A cet effet, il peut faire ce que le défendeur a fait à l'égard de l'action, c'est-à-dire il peut, sans s'attaquer *directement* à la prétention du défendeur pour soutenir qu'elle n'est pas fondée, invoquer à son tour un droit indépendant de manière à paralyser le droit que le défendeur a allégué dans son exception. Ce dernier moyen de défense, qu'on nomme *réplique* (*replicatio*) n'est donc autre chose qu'une exception secondaire (*exceptio exceptionis*) opposée par le demandeur à l'exception du défendeur (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. XIV). — Exemple : Je stipule de *Primus* 100 sous d'or; plus tard je conviens avec lui, par un pacte, de lui faire remise de ces 100 sous

pandectes, traduct. de M. Vuylsteke, § 107, p. 321, note 1. V. aussi MM. de Savigny, *System*, t. V, § 250, note 9; de Keller, *Des actions*, traduct. de M. Capmas, § 60, p. 267; — pour la négative, M. Machelard, *Obligat. natur.*, p. 426 et suiv. V. aussi MM. Demangeat, t. II, p. 683; Griolet, *De la chose jugée*, p. 120.

d'or. Postérieurement nous faisons un nouveau pacte d'après lequel l'effet du premier pacte doit être anéanti, et la convention de remise considérée comme non avenue. Si j'intente contre *Primus* la *condictio certi*, et qu'il m'oppose l'exception résultant de mon pacte de remise, je repousserai son exception *pacti conventi* au moyen d'une réplique tirée de notre pacte ultérieur (*replicatio pacti conventi*) (Gaïus, C. IV, § 126; Instit., *pr.*, *eod.*).

Qu'est-ce qu'une duplique? une triplique? — Si le défendeur répond à la réplique par une nouvelle exception, cette dernière est appelée *duplique* (*duplicatio*); et si l'affaire se poursuit ainsi, il y aura *triplique* (*triplicatio*), etc. (Gaïus, C. IV, §§ 127, 128; Instit., §§ 1-3, *eod.*).

TITRE XV

Des interdits

Qu'est-ce qu'un interdit? — C'est une déclaration de principes faite par le préteur à l'occasion d'une contestation entre particuliers (*dictum* ou *edictum inter duos*); par opposition à l'*edictum* par lequel le préteur établit des règles générales et obligatoires pour tous (Instit., § 1, liv. IV, tit. xv). Le préteur ordonne ou défend de faire quelque chose (1). De deux choses l'une : — ou les parties s'entendent pour se faire à elles-mêmes l'application du principe posé dans l'interdit, alors la contestation se trouve terminée; — ou elles sont en désaccord; dans ce cas il faut organiser une instance, s'adresser de nouveau au préteur, pour obtenir de lui une action ordinaire, une

(1) D'après Gaïus (C. IV, §§ 139, 140), l'ordre intimé d'une manière affirmative s'appelle *décret*; la prohibition prend plus spécialement le nom d'*interdit* : *interdicere* serait donc synonyme de *prohibere*.

action *in factum*, dont l'appréciation était renvoyée à un juge au moyen d'une formule (1).

DIVISION DES INTERDITS

D'après les Institutes, il y a trois divisions principales des interdits, savoir : — les interdits prohibitoires, restitutoires et exhibitoires ; — les interdits non possessoires et les interdits possessoires ; — les interdits simples et les interdits doubles (Gaïus, C. IV, §§ 142, 143, 158 ; Instit., §§ 1, 2, 7, liv. IV, tit. xv).

I. DES INTERDITS PROHIBITOIRES, RESTITUTOIRES ET EXHIBITOIRES.

Interdits prohibitoires. — Sont *prohibitoires*, les interdits par lesquels le préteur défend de faire quelque chose : par exemple, de faire violence à celui qui a une possession non vicieuse (comme dans les interdits *uti possidetis* et *utrubi*), ou à celui qui transporte un mort dans un lieu où il a droit de l'enterrer (c'est l'interdit *de mortuo inferendo*). Il en est de même de l'interdit qui défend de bâtir dans un lieu sacré (*in sacro loco ædificari*), de faire sur un fleuve public ou sur la rive quelque chose qui nuise à la navigation (*in flumine publico ripave ejus aliquid fieri quo pejus navigetur*) (Gaïus, C. IV, § 142 ; Instit., § 1, *eod.*).

Interdits restitutoires. — Sont *restitutoires* les interdits par lesquels le préteur ordonne de remettre ou restituer

(1) M. Van Wetter, t. I, § 89, p. 333, fait remarquer fort judicieusement que la procédure par interdits, plus simple dans le cas où le magistrat était obéi, devenait sensiblement plus compliquée lorsque l'ordonnance prétorienne n'obtenait pas son exécution, puisqu'alors la poursuite avait été retardée par une espèce d'instance préliminaire en obtention de l'interdit, séparée du débat définitif par un temps plus ou moins considérable.

quelque chose : par exemple, de restituer au *bonorum possessor* la possession de choses héréditaires qu'un autre possède *pro herede* ou *pro possessore*, ou bien de restituer la possession d'un fonds à celui qui en a été expulsé par violence (ce qui s'applique aux interdits *quorum bonorum, unde vi, quod vi aut clam*) (Instit., § 1, *eod.*).

Interdits exhibitoires. — Sont *exhibitoires* les interdits par lesquels le préteur ordonne d'exhiber ou de représenter quelque chose ou quelqu'un, par exemple, les tables d'un testament qu'on prétend avoir été déposées entre les mains de quelqu'un (interdit *de tabulis exhibendis*, D., liv. XLIII, tit. v); l'individu dont la liberté est en litige (interdit *de homine libero exhibendo*), ou l'affranchi dont le patron réclame les services (interdit *de liberto exhibendo*), ou bien les enfants qu'un père de famille réclame comme soumis à sa puissance et qui sont retenus par un tiers (interdit *de liberis exhibendis*) (Instit., § 1, *eod.*).

Importance de cette division des interdits. — Cette première division des interdits est la plus générale, elle comprend tous les interdits sans exception. — De plus elle présente un certain intérêt au point de vue de la procédure. Dans les interdits prohibitoires on procède toujours *per sponsionem*, tandis que dans les interdits restitutoires et exhibitoires on procède *per formulam arbitrariam* ou *per sponsionem*, au choix des parties (Gaïus, C. IV, § 141 ; Cicéron, *Pro Tullio*, n. 12) (1).

(1) Voy. MM. Étienne, *Instit. de Justinien*, t. II, p. 507 ; Ortolan, t. III, n. 2297 ; Demangeat, t. II, p. 698 et 699 ; de Keller, *Des actions*, traduct. de M. Ch. Capmas, § 76, p. 347 et suiv.

II. DES INTERDITS NON POSSESSOIRES ET DES INTERDITS POSSESSOIRES.

Définition. — Les interdits sont *possessoires* ou *non* possessoires suivant qu'ils ont, ou non, pour objet la possession des choses corporelles et la *quasi*-possession des choses incorporelles.

Interdits non possessoires. — Les interdits *non possessoires* sont les moins usuels, et n'offrent par cela même qu'un intérêt secondaire (1).

Interdits possessoires. — Ces interdits se divisent en quatre classes : —interdits donnés *adipiscendæ possessionis causa*, — interdits donnés *retinendæ possessionis causa*, — interdits donnés *recuperandæ possessionis causa*, — enfin interdits donnés *tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis causa* (Instit., § 2, *eod.*; L. 2, § 3, D., *De interdict.*, liv. XLIII, tit. I).

A. *Interdits adipiscendæ possessionis.* — Ces interdits ont pour objet de faire obtenir à une personne une possession qu'elle n'a jamais eue, dont elle n'a jamais été nantie. Il y en a quatre principaux : — l'interdit *quorum bonorum*, — les interdits *possessorium* et *sectorium*, — l'interdit *Salvien*, — l'interdit *quod legatorum*.

(1) Tels sont les interdits : — *De mortuo inferendo* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*) ; — *De sepulchro ædificando* (L. 1, § 5, D., *h. tit.*) ; — *Ne quid in loco sacro fiat* (Gaïus, C. IV, §§ 140, 159 ; L. L. 1, 2, 3, D., *h. tit.*) ; — *Ne quid in loco publico vel itinere fiat* (L. 1, D., *h. tit.*);—*De loco publico fruendo* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*) ; — *De via publica et itinere publico reficiendo* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*) ; — *Ne quis via publica itinereve publico ire, agere prohibeat* (L. 2, § 45, D., *Ne quid in loc. publ.*, liv. XLIII, tit. VIII) ; — *Ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur* (Gaïus, C. IV, § 159 ; L. 1, § 17, D., *De fluminib.*, liv. XLIII, tit. XII) ; — *Ne quis in flumine publico navigare prohibeatur* (L. 1, *pr.* D., *Ut in flum. publ.*, liv. XLIII, tit. XIV) ; — *De ripa munienda* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*);—*De arborib. cad.* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*);—*De glande legenda* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*) ; — *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (L. 1, *pr.* et § 3, D., *h. tit.*) ; — *De aqua ex castello* (L. 1, § 38, D., *De aq. quot.*, liv. XLIII, tit. XX);—*De migrando* (L. 1, *pr.*, D, *h. tit.*).—Voy. au surplus, pour les détails, MM. Domenget, *Tr. des actions*, n. 395 et suiv. ; Etienne, *op. cit.*, p. 328 ; Maynz, t. II, § 368, p. 504 et suiv. ; de Keller, *op. cit.*, § 75, p. 343 et suiv.

1° L'interdit *quorum bonorum* est accordé à celui qui a obtenu du préteur la *possession des biens* d'un défunt; il se donne contre tout individu qui possède des choses héréditaires *pro herede* ou *pro possessore*, en fût-il même devenu propriétaire par usucapion, et contre celui qui, ayant possédé *pro herede* ou *pro possessore*, a perdu cette possession de mauvaise foi (Gaïus, C. II, §§ 52-58; Instit., § 3, *eod.*).

Le *bonorum possessor* qui peut profiter de l'interdit *quorum bonorum* peut également intenter la *petitio hereditatis possessoria*. Mais à quelle époque se place la naissance de l'*hereditatis petitio possessoria*, et comment expliquer la coexistence de l'interdit et de l'action? Il est presque généralement admis que l'*hereditatis petitio possessoria* existait déjà au temps des jurisconsultes classiques (LL. 1, 2, D., *De hered. petit. poss.*, liv. V, tit. v). Quant à la simultanéité de ces deux moyens d'actions mis entre les mains du *bonorum possessor*, on en trouve la raison dans la différence des résultats que l'on obtient suivant que l'on a recours à l'interdit *quorum bonorum* ou à la *petitio hereditatis possessoria*: — 1° par l'interdit *quorum bonorum* on acquiert un avantage provisoire et de pur fait, celui d'être mis en possession d'un ou de plusieurs biens corporels de l'hérédité; mais la question de savoir si l'on a droit ou non à la succession prétorienne reste complétement intacte. Par conséquent le *bonorum possessor* qui a obtenu l'interdit *quorum bonorum* pourra succomber en définitive dans le débat relatif à la succession prétorienne. Par la *petitio hereditatis possessoria* on tend à faire reconnaître un droit définitif à l'*universum jus*, à la succession entière du défunt; — 2° l'interdit *quorum bonorum*, ne pouvant être employé que contre les possesseurs de biens corporels de l'hérédité, est inefficace à l'égard des *juris possessores*. Au contraire, la *petitio hereditatis possessoria* peut être intentée contre le *juris possessores* (L. 2, D., *Quor. bonor.*, liv. XLIII, tit. II); — 3° l'interdit *quorum*

bonorum ne se donne au *bonorum possessor* que pour acquérir une première fois la possession des objets de la succession; si, après avoir eu cette possession, il la perd, il ne peut plus exercer cet interdit (*hoc interdictum et inutile est*) (Instit., § 3, liv. IV, tit. xv). Au contraire, la *petitio hereditatis possessoria* peut être intentée aussi bien par celui qui n'aurait pas eu la possession que par celui qui l'aurait perdue (1).

2° L'interdit *possessorium* est celui qui compète à l'*emptor bonorum*, c'est-à-dire à l'adjudicataire de l'ensemble des biens d'un débiteur insolvable, pour acquérir la possession nécessaire à l'usucapion qui doit convertir son domaine bonitaire en domaine quiritaire (Gaïus, C. IV, § 145). — L'interdit *sectorium* est pour l'acheteur de biens publics ce que l'interdit *possessorium* est pour l'acheteur des biens d'un particulier. Le nom de *sectorium* lui vient de *sector* qui signifie acheteur de biens publics (Gaïus, C. IV, § 146) (2).

3° L'interdit *Salvien*, introduit par le préteur *Salvius Julianus*, est accordé au bailleur d'un fonds rural, pour lui faire acquérir, à défaut de paiement, la possession des choses que le fermier ou colon a affectées spécialement au paiement des fermages. Il peut être intenté soit contre le fermier lui-même, soit contre tout tiers détenteur (*adversus quemlibet possidentem rem coloni*) (Gaïus, C. IV, § 147; Instit., § 3, *eod.*) (3).

(1) Telle est en résumé la doctrine enseignée par MM. Demangeat, t. II, p. 701; Maynz, t. II, § 383, p. 571, et t. III, § 492, p. 483 et suiv.; Vangerow, *Lehrb. der Pand.*, § 509, p. 361 et suiv. (7e édit.); Machelard, *Théor. des interd.*, p. 52 et suiv.; Van Wetter, t. II, § 344, p. 362; Labbé, *à son cours*. — *Contrà*, M. de Savigny, *Vermischte Schriften*, t. II, p. 235 et suiv.

(2) Voy. MM. Ortolan, t. III, p. 758, note 5; Domengèt, *Tr. des actions*, n. 440, 441.

(3) *Sic*, MM. Pellat, *Tr. du dr. de gage et d'hypoth.*, traduit de l'allemand, p. 91 et 92, texte et note 8; Machelard, p. 116-118; de Fresquet, t. II, p. 538; Demangeat, t. II, p. 702. — Suivant d'autres auteurs, l'interdit Salvien n'était accordé que contre le fermier ou ses héritiers. Voy. MM. Maynz, t. I, § 253, p. 802 et suiv.; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 390, n. 3; Van Wetter, t. I, § 169, p. 575, texte et note 5.

Il ne faut pas confondre cet interdit Salvien avec l'action Servienne donnée dans les mêmes circonstances (1).

Suivant la majorité des auteurs l'interdit est d'une date plus ancienne et aurait été pour le préteur un acheminement vers l'action Servienne (2).

Quelle que soit d'ailleurs l'opinion que l'on adopte sur cette question, on ne saurait contester la coexistence de l'interdit et de l'action, coexistence qui se justifie par la différence de résultats que donne l'une ou l'autre de ces deux voies de droit. — L'interdit ne soulève qu'une question de fait, tandis que l'action agite une question de droit. — L'interdit ne tranche la question que momentanément; au contraire, l'action résout la question d'une façon définitive. — Dans l'interdit, le bailleur, pour triompher, n'a pas besoin de prouver que les objets appartenaient au fermier ou qu'ils ont été hypothéqués par le fermier avec le consentement de leur propriétaire, tandis que le bailleur doit faire cette preuve pour triompher dans l'action (3). Ces différences expliquent le maintien de l'interdit après la création de l'action (L. 2, D., *De Salv. interd.* liv. XLIII, tit. XXXIII).

C'est une question fort controversée entre les commentateurs que celle de savoir si, à l'imitation de l'interdit Salvien, le préteur a accordé un interdit *quasi*-Salvien à tout créancier gagiste ou hypothécaire pour obtenir la possession des objets donnés en gage ou hypothéqués par le débiteur. — Ceux qui soutiennent l'affirmative invoquent le rapport d'analogie qui existe entre l'interdit Salvien et l'action Servienne; et, de ce que l'action Servienne a été étendue à tout pacte d'hypothèque sous le nom

(1) Voy., *supra*, les développements sur l'action Servienne, p. 585 et suiv.

(2) Voy., en ce sens, MM. Ducaurroy, t. III, n° 1318; de Savigny, *System*, p. 325; Demangeat, t. II, p. 703; Maynz, t. I, § 239, notes 19 et suiv., et § 253, note 4.

(3) Cette dernière différence est enseignée par MM. Demangeat, t. II, p. 703-704; Van Wetter, t. I, § 169, p. 375 et 376, texte et note 6.

d'action *quasi*-Servienne, ils concluent au même développement de l'interdit Salvien, sous le nom d'interdit *quasi* Salvien (1). — Cette opinion, qui ne s'appuie sur aucun texte précis, est généralement repoussée dans notre Faculté de droit de Paris (2).

4° L'interdit *quod legatorum* appartient à l'héritier contre les légataires qui se sont mis d'eux-mêmes en possession de l'objet de leur legs sans la participation de l'héritier (L. 1, D., *Quod legatorum*, liv. XLIII, tit. III).

B. *Interdits retinendæ possessionis.* — Ces interdits ont pour objet de protéger le possesseur actuel contre des empiétements exercés avec violence sur sa possession. Il y en a deux, savoir : — l'interdit *uti possidetis;* — l'interdit *utrubi.*

1° L'interdit *uti possidetis* concerne exclusivement la possession des choses immobilières, des fonds de terre et des maisons (Gaïus, C. IV, § 149).

La formule en est ainsi conçue : *Uti nunc possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto* (pour que vous continuiez à posséder, comme vous possédez actuellement, je défends qu'on vous fasse violence) (Gaïus, C. IV, § 160). Cet interdit s'adresse aux deux parties à la fois (*pari sermone cum utroque loquitur*); on dit en ce sens qu'il est *double*. Chacun des contendants est tenu de respecter la possession actuelle (*jus possessionis*) que peut avoir l'autre. Dans l'action délivrée pour l'exécution de l'interdit, on retrouve ce même caractère. Les deux parties sont en face l'une de l'autre, sur un pied d'égalité

(1) Voy., en ce sens, Thibaut, *Arch. fr. dr. civil. Prax.*, t. XI, p. 315; Huschke, *Studien*, p. 349-363; Windscheid, *Lehrb.*, t. I, § 236, note 5; Vangerow, *id.*, t. I, § 390, n. 2.

(2) MM. Etienne, *Inst. de Justinien*, t. II, p. 511; Domenget, *Tr. des actions*, n. 442; Ortolan, t. III, n 2305 (7e édit.); de Fresquet, t. II, p. 538; Pellat, *Tr. du dr. de gage et d'hypothèque*, traduit de l'allemand, p. 91, note 6; Demangeat, t. II, p. 702; Maynz, t. I, § 239, note 20; Van Wetter, t. I, § 169, p. 575, texte et note 4; Machelard *Théor. gén. des interdits*, p. 110; Labbé, *à son cours*, enseignent que l'interdit Salvien, toujours réservé au bailleur d'un fonds rural, n'a jamais été étendu aux autres créanciers hypothécaires.

parfaite; chacune est obligée de prouver l'existence de son *jus possessionis*. Le juge, chargé de décider entre ces prétentions rivales, peut, après avoir reconnu lequel des deux plaideurs a réellement droit au maintien de la possession, faire porter sa condamnation sur l'un ou sur l'autre.

Quelles sont les conditions de succès dans l'interdit *uti possidetis?* Celui-là obtient gain de cause qui se trouvait en possession au moment de la délivrance de l'interdit. Il n'y a pas à tenir compte de la durée de la possession. La seule condition exigée par le préteur est que cette possession soit exempte de vices à l'égard de l'adversaire (*ab adversario*). Or, la possession est vicieuse à l'égard de l'adversaire, quand elle a été exercée violemment par des voies de fait (*vi*), ou quand elle a eu lieu clandestinement (*clam*), c'est-à-dire à l'insu de l'adversaire, enfin quand elle résulte d'une concession en précaire (*precario*). Les vices de violence, de clandestinité, de précarité ne rendent la possession vicieuse que d'une manière relative, et non pas d'une manière absolue. Celui-là, en effet, obtiendra gain de cause et sera maintenu dans sa possession, lors même qu'elle se trouve entachée de vices à l'égard d'un autre que l'adversaire. Ainsi le possesseur qui s'est emparé d'un fonds par la violence peut, s'il est troublé par un tiers, obtenir la délivrance de l'interdit *uti possidetis* et triompher dans son action. Il suffit, donc d'avoir une possession relative proprement dite, de posséder *animo sibi habendi;* il n'est pas nécessaire d'avoir une possession pouvant conduire à la propriété par l'usucapion, fondée sur la bonne foi et le juste titre (Gaïus, C. IV, § 150; Instit., § 4, liv. IV, tit. xv).

Quant aux avantages que l'interdit *uti possidetis* procure à celui des plaideurs qui triomphe, ils consistent : — dans le maintien en possession ; — dans le gain des fruits ou des intérêts depuis le jour de la délivrance de l'interdit ; — dans certaines garanties de nature à empêcher le renouvellement du trouble de la part du même adversaire;

—enfin dans la réparation des dommages causés par les privations de jouissance.

L'interdit *uti possidetis* est annal, en ce sens qu'il doit être exercé dans l'année du trouble ou de la violence, à partir du moment où l'on a pu agir. Cependant, après l'année, on peut encore poursuivre l'adversaire jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve enrichi (L. 4, D., *De interdict.*, liv. XLII, tit. I).

2° L'interdit *utrubi* s'applique exclusivement aux choses mobilières. En voici la formule : *Utrubi hic homo, de quo agitur, apud quem majore parte hujus anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto* (Pour que cet esclave, dont il est question, soit conduit par celui chez lequel il est demeuré la majeure partie de l'année, je défends qu'on fasse violence) (Gaïus, C. IV, § 160). Des termes mêmes de la formule, il résulte que l'interdit *utrubi* est *double*, comme l'interdit *uti possidetis*, c'est-à-dire qu'il s'adresse à la fois aux deux parties ; il suppose par conséquent une prétention à la possession actuelle de la part de chacun des contendants.

Quelles sont les conditions de succès dans l'interdit *utrubi ?* Il faut se placer à deux époques différentes : — Avant Justinien, l'interdit *utrubi* était accordé à celui qui avait possédé le plus longtemps le meuble litigieux dans la dernière année, sans vice de violence, de dol, de précarité. L'année se comptait, en remontant, à partir de la délivrance de l'interdit. On pouvait joindre à sa possession celle de son auteur (*accessio possessionis*), par exemple, celle de celui dont on est héritier, celle du vendeur ou du donateur. L'interdit *utrubi* pouvait donc être *récupératoire*, puisqu'il n'était pas nécessaire d'avoir eu la possession actuelle au moment de la délivrance de l'interdit (Gaïus, C. IV, §§ 151, 152) (1). — Dans le droit de

(1) *Sic*, MM. Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 336, n. 1 ; Machelard, p. 192 et suiv.; Van Wetter, t. I, § 89, p. 338 et 339, texte et note 31. — *Contra*, Maynz, t. I, § 175, p. 556 et 557.

Justinien, l'interdit *utrubi* est complétement assimilé à l'interdit *uti possidetis*. Pour obtenir gain de cause dans cet interdit, il suffit de prouver sa possession actuelle (Instit., § 4, liv. IV, tit. XV). Désormais l'*accessio possessionis* n'offre plus d'utilité.

Les effets de l'interdit *utrubi* sont les mêmes que ceux de l'interdit *uti possidetis*.

C. *Interdits recuperandæ possessionis*. — Ces interdits ont pour objet de faire recouvrer la possession à ceux qui l'ont perdue par l'effet d'une expulsion violente ou par une autre cause indépendante de leur volonté. Il y en a trois principaux :—l'interdit *unde vi*,—l'interdit *de precario*,—l'interdit *de clandestina possessione*.

1° L'interdit *unde vi*, qui se rapporte uniquement aux immeubles, est donné à celui qui a été expulsé par la violence pour se faire réintégrer dans sa possession, et pour obtenir la réparation complète de tout le préjudice qu'a pu lui causer la voie de fait commise à son égard.— Pour les choses mobilières ravies par la violence on se sert de l'*actio furti*, de l'*actio vi bonorum raptorum*, ou de l'*actio ad exhibendum* (L. 1, §§ 3-8, D., *De vi*, liv. XLIII, tit. XVI).

En voici la formule : *unde tu illum vi dejecisti, restituas* (Gaïus, C. IV, § 154).

Dans l'ancien droit, l'individu dépouillé (*dejectus*) ne pouvait triompher contre l'auteur de la violence que si sa possession était exempte de vices à l'égard de ce dernier, *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario*. Il fallait toutefois excepter l'hypothèse où l'expulsion avait eu lieu *à main armée* (*vis armata*), alors le *dejectus*, bien qu'il possédât *vi, clam, precario*, à l'égard de l'auteur de la violence, devait être, au moyen de l'interdit, rétabli dans sa possession. Sous Justinien, il n'y a plus de distinction entre la violence armée (*armata*) et la violence ordinaire (*non armata* ou *quotidiana*). En aucun cas, l'auteur de la violence ne peut opposer au *dejectus* les exceptions, *vi*,

clam, *precario*, dont la possession de ce dernier était entachée à son égard (Gaïus, C. IV, §§ 154, 155; Instit., § 6, liv. IV, tit. xv). D'ailleurs, s'il n'est pas permis après coup de se faire justice à soi-même, rien n'empêche d'opposer sur-le-champ même la force à la force et de repousser la violence par la violence.

L'interdit *unde vi* est donné contre l'auteur de la voie de fait, ou contre celui qui l'a ordonnée ou en a été l'instigateur, lors même qu'il ne possède plus. Les héritiers n'en sont point tenus, mais ils peuvent être poursuivis par une action *in factum*, pour autant qu'ils se trouvent enrichis par suite du fait de leur auteur (L. 1, § 48; L. 2, L. 3, D., *De vi*, liv. XLIII, tit. xvi).

Cet interdit est annal, c'est-à-dire qu'il doit être demandé dans le délai d'un an à partir de la dépossession violente. Après ce délai, il n'est plus donné que pour autant que le défendeur se trouve enrichi (L. 1, *pr.* et § 39, D., *De vi*, liv XLIII, tit. xvi) (1).

Au Bas-Empire, la possession a été protégée avec plus d'efficacité contre les voies de fait. Des constitutions impériales (2) ont, en effet, décidé que celui qui aurait usé de violence pour s'emparer d'une chose mobilière ou immobilière en perdrait la propriété, si cette chose lui appartenait, et si elle ne lui appartenait pas, devrait la restituer, et, en outre, en payer la valeur (Instit., § 6, *eod.*).

Du reste, celui qui dépouille un autre par violence de la possession d'un fonds, est passible de la loi *Julia* sur

(1) Dans l'ancien droit, l'interdit était donné même après l'année au cas où la violence avait été faite à main armée, *vis armata*. Cicéron, *Ad Famil.*, XV, 16.

(2) Telle est, notamment, la constitution de Valentinien III, (L. 7, C., *Unde vi*, liv. VIII, tit. iv).—D'après M. de Savigny, *Tr. de la possession*, § 40, cette constitution aurait eu pour effet d'étendre l'interdit *unde vi* aux choses mobilières. — Comp. MM. Maynz, t. I, § 176, p. 560, note 18; Demangeat, t. II, p. 709, note 5; Machelard, *Théor. génér. des interdits*, p. 249-252.

la violence privée ou publique : — *violence* privée, lorsqu'elle a été faite sans armes; — violence *publique*, lorsqu'elle a été commise avec des armes (épées, bâtons, pierres, casques, boucliers, etc.) (Instit., § 6, *eod.*).

2° L'interdit *de precario* est donné à celui qui a concédé une chose à titre précaire, pour s'en faire restituer la possession par le concessionnaire qui s'y refuse.

En voici la formule : *Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas* (L. 2, *pr.*, D., liv. XLIII, tit. XXVI).

Cet interdit est perpétuel.

Restreint d'abord aux immeubles, il est ensuite appliqué aux meubles, après avoir été auparavant étendu de l'*ager publicus* à l'*ager privatus* (L. 4, § 1, D., *eod.*) (1).

3° L'interdit *de clandestina possessione* est donné contre celui qui a pris clandestinement possession d'un immeuble qu'un autre possédait (L. 7, § 5, D., *Comm. divid.*, liv. X, tit. III). Cet interdit est devenu inutile et s'est trouvé naturellement remplacé par l'interdit *unde vi*, à partir du moment où il fut admis que la possession des immeubles se conserverait *nudo animo*, et qu'elle ne pourrait en conséquence se perdre d'une manière clandestine.

D. *Interdits tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis.* — Ces interdits ont un double objet, et en ce sens on leur a donné la qualification d'interdits *doubles* : tantôt ils sont accordés pour acquérir une possession qu'on n'a jamais eue; tantôt pour en recouvrer une que l'on a perdue. Il y en a trois, l'interdit *quem fundum*, l'interdit *quam hereditatem*, et l'interdit *quem usumfructum*.

Ces interdits, dont un fragment de Paul, inséré au Digeste, nous avait révélé l'existence, ne nous sont bien connus que depuis 1836, par la découverte d'un frag-

(1) V. pour les détails, M. Domenget, *Tr. des actions*, n. 466.

ment d'Ulpien dans la bibliothèque du palais impérial de Vienne.

Voici l'explication de ces interdits.

1° Dans l'action en revendication d'un fonds, le défendeur qui reste en possession de la chose litigieuse doit donner la caution *judicatum solvi* pour garantir qu'il payera en cas de condamnation. S'il refuse cette satisfaction, il est considéré comme ne soutenant pas régulièrement le procès, *lis non defenditur*. Aussi, dans ce cas, le préteur, au moyen de l'interdit *quem fundum*, fait passer la possession de la chose litigieuse du défendeur au demandeur; celui-ci *acquiert* ainsi la possession, s'il ne l'a jamais eue; il la *recouvre*, s'il l'a eue autrefois. Le défendeur primitif conserve toujours le droit de revendiquer la propriété; mais alors il est demandeur en revendication, et doit prouver que le fonds lui appartient.

2° Dans l'action en pétition d'hérédité le demandeur, dans la même hypothèse, c'est-à-dire en cas de refus de la part du défendeur de donner la caution *judicatum solvi*, obtient la possession au moyen de l'interdit *quam hereditatem*.

3° Enfin, le même jeu de procédure peut avoir lieu dans la pétition d'un droit d'usufruit, au moyen de l'interdit *quem usumfructum* (*Fragm. Vatic.*, § 9, liv. IV), et probablement aussi dans la pétition de toute servitude (L. 45, D., *De damn. infect.*, liv. XXXIX, tit. II; L. 15, D., *De op. novi nunc.*, liv. XXXIX, tit. I).

III. — INTERDITS SIMPLES. — INTERDITS DOUBLES.

Interdits simples. — On entend par interdits *simples* ceux dans lesquels l'une des parties remplit le rôle de demandeur, et l'autre celui de défendeur; tels sont les interdits restitutoires et exhibitoires; car, dans ces interdits, celui-là est demandeur qui conclut à la restitution

ou à l'exhibition, et celui-là est défendeur à qui l'on veut faire restituer ou exhiber (Instit., § 7, liv. IV, tit. xv). L'action donnée en exécution de ces interdits ne peut aboutir qu'à la condamnation ou à l'absolution du défendeur.

Interdits doubles. — On entend par interdits *doubles* ceux dans lesquels la condition des deux plaideurs est la même : aucun n'est plutôt défendeur que demandeur, mais chacun soutient le double rôle de défendeur et de demandeur à la fois. En effet l'ordre, donné par le préteur dans l'interdit, s'adresse à l'un et à l'autre. D'où cette conséquence qu'il peut y avoir lieu à *condamnation* et à *absolution* à l'égard de chacune des parties. — Parmi les interdits prohibitoires les uns sont simples, les autres doubles. — Sont simples ceux dans lesquels le préteur défend de faire quelque chose dans un lieu sacré, dans le lit ou sur la rive d'un fleuve. Car ici est demandeur celui qui conclut à ce qu'il ne soit rien fait, et défendeur celui qui veut réaliser l'acte, objet de la prohibition. — Sont doubles, les interdits *uti possidetis* et *utrubi*. En effet, celui qui défend à la demande de ces interdits, en soutenant que le demandeur n'a pas droit de conserver la possession, ou bien même qu'il n'a pas la possession qu'il prétend avoir, demande par là même à être lui-même envoyé ou maintenu en possession (Gaïus, C. IV, §§ 156-160; Instit., § 7, *eod.*).

On donne aussi le nom d'interdits doubles, mais dans un autre sens, aux interdits qui sont tantôt *adipiscendæ* et tantôt *recuperandæ possessionis*, à cause de la double fin à laquelle ils sont appropriés (1).

Les interdits simples forment la règle, les interdits doubles l'exception.

(1) V. ci-dessus, p. 664 et suiv.

IV. INTERDITS RELATIFS AUX SERVITUDES.

Les interdits, introduits à l'origine pour protéger la possession des choses corporelles, ont été ensuite étendus à la *quasi-possession*. Ainsi les interdits possessoires *uti possidetis, utrubi, unde vi, de precario* se sont appliqués *utilitatis causa* aux servitudes personnelles (*Fragm. Vatic.*, §§ 90, 93), et aux servitudes prédiales urbaines. Quant aux servitudes prédiales rurales, elles ont été protégées par des interdits spéciaux, — *de itinere actuque privato*, relatif au droit de passage, — *de fonte*, relatif au droit de puisage, etc. (1).

Comment a pris fin la procédure des interdits? — Au Bas-Empire, la procédure des interdits est tombée en désuétude à la suite de l'introduction des *cognitiones extraordinariæ* (Instit., § 8, *eod.*)

TITRE XVI

De la peine des plaideurs téméraires

Par quels moyens réprimait-on la témérité des plaideurs sous Justinien? — Par trois moyens : — par la religion du serment; — par une peine pécuniaire; — par la crainte de l'infamie (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. XVI).

1° *Par la religion du serment.* — Le serment qui devait servir de garantie de la bonne foi des parties (*jusjurandum pro calumnia*) est devenu obligatoire dans tous les procès, tant pour le demandeur et le défendeur que pour

(1) V. sur l'application des interdits aux servitudes, MM. de Savigny, *Tr. de la possess.*, §§ 45, 46 ; Maynz, t. I, § 224, p. 718 ; Etienne, *Instit. de Justinien*, t. II, p. 528 et suiv. ; Pellat, *Propriété et usufruit*, p. 79.

leurs avocats (Instit., § 1, *eod.;* L. 2, C., *De jurejurando propt. calumn.*, liv. II, tit. LIX).

2° *Par une peine pécuniaire.* — La peine pécuniaire consiste : — lorsque c'est le demandeur qui succombe, dans la condamnation aux dommages-intérêts et aux frais de la procédure (1);—lorsque c'est le défendeur qui perd le procès, il peut être également condamné aux dépens ; mais, en outre, dans certaines actions, une peine spéciale vient frapper le défendeur, c'est la condamnation au double encourue pour avoir nié la dette dont le demandeur poursuivait contre lui le paiement : *Lis inficiando crescit in duplum.* Dans le dernier état du droit le doublement de la condamnation pour cause d'*inficiatio* de la part du défendeur a lieu aux cas de dommage causé à tort (*veluti si damni injuriæ*), de demande en restitution d'un dépôt nécessaire, et en délivrance de legs faits à des établissements pieux ; et même, dans ce dernier cas, il suffit, pour que la peine du double soit encourue, que celui qui est débiteur du legs se laisse mettre en demeure (Instit., § 1, *eod.*).

Peine portée contre le descendant ou l'affranchi qui aurait appelé en justice son ascendant ou son patron, sans avoir obtenu l'autorisation préalable du préteur.—Le descendant pour citer *in jus* son ascendant, l'affranchi pour citer son patron, doit demander et obtenir la permission du préteur. En cas de contravention, un édit accorde au père ou au patron une action pénale de cinquante solides contre les délinquants (*in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit*) (Instit., § 3, *eod.*).

3° *Par la crainte de l'infamie.* — Il y a certaines actions dans lesquelles la condamnation entraîne l'infamie : on les appelle par ce motif *judicia turpia, actiones famosæ.* Telles sont les actions *directes* de tutelle, de mandat, de dépôt, de société. Quant aux actions contraires dirigées contre le pupille, le mandant, le déposant, elles n'entraî-

(1) Sans préjudice, bien entendu, des peines de la *plus petitio* dont nous avons parlé précédemment. V. *supra*, tit. VI, p. 565 et suiv.

nent pas infamie. La même peine est attachée aux actions de vol, de rapine, d'injure, de dol. Ces quatre dernières actions entraînent l'infamie même lorsqu'il intervient une transaction entre les parties. Dans les actions directes de tutelle, de mandat, de dépôt et de société, au contraire, l'infamie n'est encourue que par suite du jugement de condamnation. D'où cette conséquence que la transaction permet d'échapper à l'ignominie légale (Instit., § 2, *eod.*).

TITRE XVII

De l'office du juge

Qu'entend-on par office du juge? — On entend par office du juge (*officium judicis*) l'ensemble des pouvoirs conférés au juge à l'effet de terminer les différentes contestations portées devant lui.

En quoi consiste l'office du juge? — Le premier devoir du juge est de statuer conformément aux lois (*legibus*), expression qui comprend dans sa généralité les plébiscites et les sénatus-consultes, aux constitutions impériales (*constitutionibus*), aux mœurs et usages transmis par les ancêtres (*moribus*) (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. XVII).

Dans l'étude que nous venons de faire des actions, nous avons indiqué avec assez de développement l'ensemble des pouvoirs et des obligations du juge, pour nous dispenser de revenir sur cette question, comme le font les Institutes, relativement à certaines actions, aux actions noxales (§ 1, *eod.*), *ad exhibendum* (§ 3), *familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum* (§§ 4 et 7).

Un seul point mérite de nous retenir quelques instants. Demandons-nous quel est le devoir du juge dans la revendication et dans la pétition d'hérédité relativement à la restitution des fruits?

Relativement au possesseur de mauvaise foi, il n'y a pas de différence entre la revendication et la pétition d'hérédité (1). Dans l'une comme dans l'autre action, le juge doit condamner le possesseur de mauvaise foi à restituer non-seulement les fruits qu'il a perçus, mais même ceux qu'il a négligé de percevoir (Instit., § 2, *eod.*).

Relativement au possesseur de bonne foi, il y a une certaine différence entre l'action en revendication et la pétition d'hérédité. — A l'époque du droit classique, dans la revendication, le possesseur de bonne foi n'était pas tenu de restituer les fruits qu'il avait perçus jusqu'à l'introduction de l'instance, c'est-à-dire avant la *litis contestatio*. Dans la pétition d'hérédité, le possesseur de bonne foi devait rendre les fruits qu'il avait perçus, mais non consommés avant la *litis contestatio ;* et il devait encore restituer *quatenus locupletior factus est*, relativement à ceux qu'il avait consommés. — Au Bas-Empire, le principe a été quelque peu modifié dans la revendication. En effet, le possesseur de bonne foi d'une chose particulière doit rendre les fruits qu'il a perçus, alors qu'il était encore de bonne foi, s'il ne les a pas consommés au moment de l'instance. Quant au possesseur de choses héréditaires, l'ancienne règle se trouve maintenue.

(1) *Sic*, MM. Demangeat, t. II, p. 725 ; Pellat, *Propr. et usufr.*, p. 342 et suiv. ; Labbé, *à son cours*

TITRE XVIII

Des jugements publics

Ce titre contient quelques notions sommaires de procédure criminelle et de droit pénal que ne renfermaient pas les Institutes de Gaïus. Nous ne nous arrêterons pas à l'examen d'un pareil sujet, malgré le haut intérêt qu'il présente, parce qu'il reste entièrement en dehors du cadre de nos études.

FIN

TABLE DES TITRES

INSTITUTES DE JUSTINIEN

LIVRE PREMIER

TITRE I.

De la justice et du droit 1

Définition de la justice, 1. — Différents sens du mot *droit*, 1. — Définition de la jurisprudence, 2. — Règles du droit, 3. — Division du droit, 2.

TITRE II.

Du droit naturel, du droit des gens et du droit civil. . 4

Première division du droit privé, 4. — Droit civil, droit des gens, 4. — Droit international, 4 et note 1. — Différences entre le droit civil et le droit des gens, 5. — Droit naturel, 5. — Deuxième division du droit privé, 6. — Droit écrit, 6. — Division du droit écrit, 6 : — la loi, 6 ; — le plébiscite, 7 ; — le sénatus-consulte, 7 ; — les constitutions impériales, 8 ; — les édits des magistrats, 9 ; — les réponses des prudents, 10. — Droit non écrit, 10 *bis*. — Classification des matières du droit privé, 10 *ter*. — Division des Institutes, 10 *ter*.

TITRE III.

Des personnes. 11

Diverses acceptions du mot *personnes*, 11. — Division des personnes, 11. — Définition de la liberté, 11. — *Id.* de l'esclavage, 11. — L'esclave est-il une personne ? 12. — Mo-

des de constitution de l'esclavage, 12. — A. Esclaves par la naissance, 13. — B. Esclaves par suite d'un fait postérieur : 1° par le droit des gens ; 2° par le droit civil, 13. — Des personnes libres, 16. — Subdivision des personnes libres, 16. — Citoyens, 16. — Pérégrins, 17. — Extension du droit de cité, 19.

TITRE IV.

INGÉNUS ET AFFRANCHIS. 20

Dans quel cas on est ingénu, 20.

TITRE V.

DES AFFRANCHIS. 22

Définition de l'affranchissement, 22. — Modes d'affranchissement, 22. — Modes solennels d'affranchissement antérieurs à Justinien, 22. — Modes non solennels antérieurs à Justinien, 24. — Intérêt de cette distinction. — Innovations successives, 24. — Modes solennels sous Justinien, 26. — Modes non solennels sous Justinien, 26. — Condition des affranchis sous Justinien, 27. — Différences entre l'ingénu et l'affranchi, 27. — Droits du patron sur la personne de l'affranchi, 28. — Droits du patron sur les biens de l'affranchi, 28.

TITRE VI.

PAR QUI ET POUR QUELLES CAUSES LES AFFRANCHISSEMENTS NE PEUVENT ÊTRE FAITS 29

Caractères généraux de l'affranchissement, 29. — Qui peut affranchir, 30. — De la loi Ælia Sentia, 30. — Chefs relatifs à l'affranchi, 30. — Chefs relatifs au maître, 31.

TITRE VII.

DE LA LOI FURIA CANINIA. 36

Quel a été le but de cette loi, 36. — Des chefs contenus dans cette loi, 37. — Chef relatif à la limitation du nombre des affranchissements, 37. — Chef relatif au mode d'affranchissement, 37. — Innovation de Justinien, 37.

TITRE VIII.

DES PERSONNES SUI JURIS ET ALIENI JURIS. 38

Caractère de la puissance dominicale, 39. — Etendue de cette puissance, 39 : — sur la personne, 39 ; — sur les biens de l'esclave, 41. — Différences dans la condition des esclaves, 41. — Dissolution de la puissance dominicale, 42. — Des colons, 42.

TITRE IX.

LA PUISSANCE PATERNELLE. 43

Caractère de la puissance paternelle, 43. — Sur qui existe cette puissance, 43. — Des effets de cette puissance, 43 : — relativement à la personne, 44 ; — relativement aux biens de l'enfant, 45.

TITRE X.

DES NOCES. 45

Définition, 45. — Des fiançailles, 45 *bis*. — Caractère du mariage, 45 *bis*. — Preuve du mariage, 45 *ter*. — Conditions nécessaires à la formation des justes noces, 46. — Puberté et nubilité, 46. — Consentement, 46. — *Connubium*, 48. — Empêchements ou obstacles au *connubium*, 48.— Empêchements résultant de la parenté, 49.— *Id.* de l'alliance, 51. — *Id.* de considérations civiles, 52. — *Id.* de considérations politiques, 52. — Effets du mariage, 53. — Causes de dissolution, 53. — Du concubinat, 55. — Du *stuprum*, 55. — Règles communes au concubinat et aux justes noces, 55. — Différences entre le concubinat et les justes noces, 55. — Suppression du concubinat, 56. — Mariage du droit des gens, 56. — Du *contubernium*, 57.— Légitimation, 57. — Modes de légitimation antérieurs à Justinien, 57.—La *causæ probatio*, 58. — L'*erroris causæ probatio*, 58. — Modes de légitimation sous Justinien, 58. — Légitimation par mariage subséquent, 58. — *Id.* par oblation à la curie, 59.— *Id.* par rescrit du prince, 60.— *Id.* par testament, 60. — La *manus*, 60. — Le *mancipium*, 62.

TITRE XI.

DES ADOPTIONS. 63

De l'adoption, 63. — De l'adrogation, 63. — Règles communes à l'adoption et à l'adrogation, 63. — Règles particulières à l'adrogation, 65. — Forme de l'adoption avant Justinien, 65. — Effets de l'adoption avant Justinien, 66. — Forme de l'adoption sous Justinien, 67. — Effets de

l'adoption sous Justinien, 67. — De l'adrogation, 67. — Formes de l'adrogation, 68. — Effets de l'adrogation, 69. — Quelles personnes peuvent être adrogées, 69. — Adrogation des femmes, 69. — *Id.* des impubères, 69

TITRE XII.

DE QUELLE MANIÈRE SE DISSOUT LE DROIT DE PUISSANCE PATERNELLE 71

La mort, 71. — La perte de la cité, 71. — La perte de la liberté, 72. — L'élévation à certaines dignités, 73. — L'émancipation, 73. — L'adoption, 75. — La coemption, 76.

TITRE XIII.

DES TUTELLES. 76

Subdivision des personnes *sui juris*, 76. — Définition et caractère de la tutelle, 76. — Quelles personnes sont en tutelle, 77. — Classification des tutelles, 77.

TITRE XIV.

TUTELLE TESTAMENTAIRE. 77

Considérations générales, 77. — Qui peut donner un tuteur par testament, 77. — A qui peut être donné un tuteur par testament, 78. — Qui peut être nommé tuteur testamentaire, 79. — Sous quelles modalités peut être faite la tutelle testamentaire, 81. — Observations, 81.

TITRE XV.

TUTELLE LÉGITIME DES AGNATS. 82

Définition, 82. — Quand s'ouvre la tutelle légitime des agnats, 82. — A qui parmi les agnats est déférée la tutelle, 83.

TITRE XVI.

DE LA DIMINUTION DE TÊTE. 84

Définition, 84. — Eléments constitutifs de l'état des personnes, 84. — Différents degrés de *capitis deminutio*, 85. — De la *maxima*, *media* et *minima capitis deminutio*, 85. — Controverse sur le caractère de la *minima capitis deminutio*, 85. — Effets de la *capitis deminutio*, 86.

TITRE XVII.

TUTELLE LÉGITIME DES PATRONS 87

TITRE XVIII.

DE LA TUTELLE LÉGITIME DES ASCENDANTS 88

TITRE XIX.

DE LA TUTELLE FIDUCIAIRE 88

TITRE XX.

TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE MAGISTRAT. 89

Notions générales, 89. — Dans quels cas il y a lieu à la tutelle déférée par le magistrat, 89. — A quels magistrats appartient la *datio tutoris*, 90.—Observations : Caractère de la tutelle déférée par le magistrat, 91.—Obligation imposée à certaines personnes de requérir la nomination d'un tuteur, 91.

TITRE XXI.

DE L'ADMINISTRATION ET DE L'AUTORISATION DES TUTEURS . . . 91

De l'administration des tuteurs, 91. — Étendue de leur pouvoir, 92. — De l'autorisation des tuteurs, 93. — Capacité juridique du pupille pendant l'*infantia*, 93. — *Id.* après l'*infantia*, 94. — Quand le pupille fait sa condition meilleure, 94. — Quand la fait-il pire, 94.

TITRE XXII.

DE QUELLES MANIÈRES FINIT LA TUTELLE 96

Causes d'extinction relatives au pupille, 96. — Causes d'extinction relatives au tuteur, 96.

Des comptes de tutelle 97

Tutelle des femmes. 97

Nature et caractère de cette tutelle, 97. — Diverses espèces de tutelle des femmes, 98. — De l'*auctoritas tutoris*, 100. — Affaiblissement et disparition de la tutelle des femmes, 100.

cette distinction, 134. — Quelles sont les principales servitudes prédiales rurales, 134. — Quelles sont les principales servitudes prédiales urbaines, 135. — Modes de constitution des servitudes prédiales, 137. — Modes d'extinction de ces servitudes, 139. — II. Servitudes personnelles, 140.

TITRE IV.

De l'usufruit. 140

Définition, 140. — Constitution de l'usufruit, 142. — Sur quelles choses peut être constitué l'usufruit, 144. — Du quasi-usufruit, 144. — Différences entre l'usufruit et le quasi-usufruit, 145. — De l'usufruit des choses incorporelles, 146. — Droits de l'usufruitier, 146. — Obligations de l'usufruitier, 147. — Modes d'extinction de l'usufruit, 148.

TITRE V.

De l'usage et de l'habitation. 149

De l'usage, 149. — Modes de constitution et d'extinction de l'usage, 150. — De l'habitation, 150. — Etendue du droit d'habitation, 150.

TITRE VI.

De l'usucapion et des prescriptions de long temps. 151

Définition de l'usucapion, 151. — Cas d'application, 151. — Caractères, 152. — Conditions, 152. — Le juste titre, 152. — La bonne foi, 153. — A quel moment doit exister la bonne foi, 154. — Cas exceptionnels dans lesquels on peut usucaper sans bonne foi, 154. — Distinction entre le juste titre et la bonne foi, 155. — La possession civile, 156. — Le délai légal, 156. — L'absence de tout vice, 158. — Effets de l'usucapion, 159. — Des prescriptions de long temps, 159. — Ressemblances et différences entre la prescription de long temps et l'usucapion, 159. — De la prescription *longissimi temporis*, 161. — Modifications apportées par Justinien à l'usucapion et à la prescription de long temps, 161. — Prescription de trente ans, 163. — Prescription de quarante ans, 163.

TITRE VII.

Des donations. 164

Définition de la donation, 164. — Caractère, 164. — Division des donations, 164. — I. Donation entre-vifs, 164. — Définition, 164. — Formation de la donation entre-vifs, 165. — Restrictions apportées à la liberté des donations, 165 : — 1° La loi *Cincia*, 165 ; — 2° L'insinuation, 166. — Différences entre la loi *Cincia* et l'insinuation, 166. — Donations dispensées de l'insinuation, 167. — Révocation des donations entre-vifs, 167. — II. Donation à cause de mort, 169. — Définition, 169. — Différentes modalités dont est susceptible la donation à cause de mort, 169. — Ressemblances entre la donation à cause de mort et le legs, 169. — *Id.* différences, 171. — III. Donation entre époux, 172. — IV. De la dot, 174. — Définition, 174. — Modes de constitution, 174. — Différences entre la constitution de dot et la donation, 174 *bis*. — Influence de la dissolution du mariage sur la dot, 174 *bis*. — V. Donation à cause de noces, 174 *ter*. — Définition, 174 *ter*. — Ressemblances entre la donation à cause de noces et la dot, 174 *ter*.

TITRE VIII.

QUELLES PERSONNES PEUVENT ALIÉNER ? QUELLES PERSONNES NE LE PEUVENT PAS. 175

I. De ceux qui sont propriétaires et qui n'ont pas le droit d'aliéner la chose qui leur appartient, 175 : — le mari, 175 ; — le pupille, 176 ; — le mineur de vingt-cinq ans, le prodigue, le fou, 178. — II. De ceux qui ne sont pas propriétaires et qui ont le droit d'aliéner la chose qui ne leur appartient pas, 178 : — le créancier gagiste, 178 ; — le curateur agnat d'un insensé, 179.

TITRE IX.

PAR QUELLES PERSONNES ON ACQUIERT. 180

I. Acquisition de la propriété, 180. — Les fils de famille, 180. — Pécule profectice, 181. — Pécule *castrense*, 181. — Pécule *quasi-castrense*, 181. — Pécule adventice, 182. — Les esclaves, 183. — L'homme libre, 184. — L'esclave *in bonis*, 184. — Observations relatives aux acquisitions par universalité, 185. — II. Acquisition de la possession, 185.

TITRE X.

DES TESTAMENTS. 188

Définition, 188. — Étymologie, 189. — Forme du testament, 189. — Testament *calatis comitiis*, 189. — Testament *in procinctu*, 189. — Testament *per æs et libram*, 189. — Testament nuncupatif, 190. — Testament du droit prétorien, 191. — Testament tripartite, 191. — Des personnes qui peuvent servir de témoins dans un testament, 192. — Conditions absolues de capacité, 192. — Conditions relatives de capacité, 194.

TITRE XI.

DU TESTAMENT MILITAIRE. 195

Priviléges relatifs à la forme du testament, 195. — Priviléges relatifs à l'exercice du droit de tester, 196. — Priviléges relatifs à la capacité de ceux en faveur de qui on peut tester, 196. — Priviléges relatifs à la liberté et à l'étendue des dispositions testamentaires, 197.

TITRE XII.

DES PERSONNES A QUI IL N'A PAS ÉTÉ PERMIS DE TESTER. 197

Du droit de tester, 197. — De l'exercice du droit de tester, 200. — A quel moment faut-il que la capacité de tester ait existé chez le testateur, 201. — Influence particulière de la captivité sur le droit et l'exercice du droit de tester, 202.

TITRE XIII.

DE L'EXHÉRÉDATION DES ENFANTS. 202

I. Droit des Douze Tables, 202. — II. Droit civil, 203. — Exhérédation des enfants émancipés, 205; — des enfants adoptifs, 205; — des enfants posthumes, 205; — des posthumes siens, 205; — des posthumes Aquiliens, 206; — des posthumes Velléiens, 207. — De quelle manière se faisait l'exhérédation des posthumes, 207. — III. Droit prétorien. Innovations diverses, 208. — IV. Droit de Justinien, 210.

TITRE XIV.

De l'institution d'héritier. 211

Définition, 211. — Comment doit être faite l'institution, 211. — Qui peut-être institué héritier, 212. — De l'institution des esclaves, 214. — Comment l'hérédité peut être distribuée entre plusieurs institués, 217. — Division de l'hérédité, 217. — Des modalités qui peuvent ou ne peuvent pas être apposées à l'institution, 219 : — la condition, 219 ; — le terme, 220. — Différence entre le terme et la condition, 220. — Le terme incertain, 221.

TITRE XV.

De la substitution vulgaire. 221

Définition, 221. — Différentes manières de faire une substitution 222. — Effet de la substitution des institués entre eux, 222.—Utilité de la distinction entre le droit d'accroissement et le droit de substitution, 222. — Explication de la règle *substitutus substituto censetur substitutus instituto*, 224. — Exclusion de l'institué par le substitué, 224. — Concours entre l'héritier institué et le substitué, 224.

TITRE XVI.

De la substitution pupillaire. 225

Définition, 225. — Qui peut faire une substitution pupillaire, 226. — A quelles personnes peut-elle être faite, 226. — Sous quelles conditions, 226. — De quelle manière, 227. — Causes de déchéance particulières à la substitution pupillaire, 227. — Substitution exemplaire ou quasi-pupillaire, 228. — Différences entre la substitution pupillaire et la substitution exemplaire ou quasi-pupillaire, 228. — Substitution fidéicommissaire, 229. — Différence entre la substitution fidéicommissaire et la substitution pupillaire, 229.

TITRE XVII.

De quelles manières sont infirmés les testaments. 229

Dans quel cas un testament est rompu, 229. — Dans quels cas il devient inutile, 230.

TITRE XVIII.

Du testament inofficieux. 230

Définition, 231. — Qui peut intenter la plainte d'inofficiosité, 231. — A qui incombe la charge de prouver l'inofficiosité du testament, 232. — A quelles conditions est soumis l'exercice de la plainte d'inofficiosité, 233. — De l'action en supplément, 233. — Différences entre la plainte d'inofficiosité et l'action en supplément, 234. — Calcul de la portion légitime, 234. — Des effets de la plainte d'inofficiosité, 235. — De quelles manières s'éteint la plainte d'inofficiosité, 235. — Innovations de Justinien, 237.

TITRE XIX.

De la qualité et de la différence des héritiers. 239

I. Des héritiers nécessaires, 239. — Quels sont-ils, 239. — Du bénéfice de séparation des biens, 240. — Quelle utilité le testateur retire de l'institution d'un esclave comme héritier nécessaire, 240. — II. Des héritiers siens et nécessaires, 241. — Quels sont-ils, 241. — Du bénéfice d'abstention, 242. — Différences entre le bénéfice d'abstention et le bénéfice de séparation des biens, 242. — Des effets de l'abstention, 242. — III. Des héritiers externes ou volontaires, 243. — De l'adition d'hérédité, 243. — Par qui l'adition d'hérédité doit être faite, 244. — A partir de quel moment peut-elle être faite, 245. — Y a-t-il un délai pour faire l'adition, 245. — A quelle époque la *testamenti factio* doit-elle exister chez l'héritier externe, 246. — Des effets de l'adition d'hérédité, 247. — De la renonciation à l'hérédité, 247. — Du bénéfice d'inventaire, 248. — Sous quelles conditions est accordé ce bénéfice, 248.

TITRE XX.

Des legs. 249

Définition, 249. — Distinction entre le legs et l'institution d'hérédité, 249.—Distinction entre le legs et la donation, 249. — Des différentes espèces de legs, 249. — Legs *per vindicationem*, 250. — Legs *per damnationem*, 251. — Legs *sinendi modo*, 252. — Legs *per præceptionem*, 252. — Modifications introduites par le sénatus-consulte Né-

ronien, 253. — Que peut-on léguer, 254. — Legs de la chose d'autrui, 254. — Legs d'une chose appartenant au légataire, 255. — Legs d'une chose appartenant au testateur, 256. — Legs de libération, 257. — Legs par un débiteur à son créancier de ce qu'il lui doit, 257. — Legs de la dot fait par le mari à sa femme, 257. — Legs d'une chose principale, 258. — Legs d'une *universitatis juris*, 258. — Legs de genre, 259. — Legs d'une chose future, 260. — Legs d'une chose incorporelle, 260. — Legs d'option, 260. — A quelles personnes peut-on léguer, 261. — Des diverses modalités des legs, 262. — Le legs peut être fait : — sous condition, 262 ; — sous un mode, 263 ; — à terme, 263 ; — à titre de peine, 264. — Théorie de l'accroissement, 264. — Droit antérieur aux lois caducaires, 264. — Système des lois caducaires, 266. — Droit de Justinien, 268. — Que deviennent les charges imposées au défaillant en cas d'accroissement, 268. — Règle catonienne, 269. — Du *dies cedit* et du *dies venit*, 271. — Ouverture du *dies cedit* et du *dies venit*, 271. — Effets du *dies cedit*, 272.

TITRE XXI.

De la révocation, de la translation et de l'extinction des legs. 272

De la révocation d'un legs, 272. — De sa translation, 273. — De son extinction, 273.

TITRE XXII.

De la loi Falcidie. 275

De la loi *Furia testamentaria*, 275. — De la loi *Voconia*, 275. — De la loi Falcidie, 276. — Calcul de la Falcidie, 277. — Extension donnée à la Falcidie, 278. — Dispositions de Justinien relatives à la Falcidie, 279. — Différences entre la quarte Falcidie et la quarte légitime, 279.

TITRE XXIII.

Des fidéicommis. 279

Définition, 279. — Origine des fidéicommis, 280. — Division, 280. — Des fidéicommis universels, 281. — Du sénatus-consulte Trébellien, 282. — Du sénatus-consulte

Pégasien, 283. — Combinaison des sénatus-consultes Trébellien et Pégasien, 283. — Innovations de Justinien, fusion des sénatus-consultes Trébellien et Pégasien, 284.

TITRE XXIV.

DES FIDÉICOMMIS A TITRE PARTICULIER. 285

Formes, 285. — Qui peut faire un fidéicommis, 285. — A qui peut-il être imposé, 285. — A qui peut-il être fait, 285. — Quelles choses peuvent en faire l'objet, 286.

TITRE XXV.

DES CODICILLES. 286

Définition, 286. — Étymologie, 286. — Origine, 287. — Quand peut-on laisser des codicilles, 287. — Des codicilles confirmés, 288. — Ressemblance entre un codicille confirmé et un codicille non confirmé par testament, 288. —*Id.* Différence, 288.—Ressemblance entre un codicille et un testament, 289. — *Id.* Différence, 289. — Différence entre un codicille et un legs, 289. — Formalités imposées aux codicilles sous les empereurs de Constantinople, 289. — De la clause codicillaire, 290.

LIVRE TROISIÈME

TITRE I.

DES HÉRÉDITÉS QUI SONT DÉFÉRÉES AB INTESTAT. 291

TITRE II.

DE LA SUCCESSION LÉGITIME DES AGNATS 291

Dans quels cas on meurt intestat, 291. — Des variations de la législation en matière de succession *ab intestat*, 292. — I. Lois des Douze Tables, 292. — Des héritiers siens, 293. — Définition, 293. — Cas exceptionnels dans lesquels l'*heres suus* n'a jamais été sous la puissance paternelle du *de cujus* ou avait cessé d'y être au moment du décès, 293. — Quatre conditions sont nécessaires pour succéder *ab in-*

testat à une personne, 294, note 1. — De la représentation, 294. — Définition, 294. — Effets de la représentation, 294. — Comment l'hérédité est acquise à l'*heres suus*, 295. — Des agnats, 296. — De la non-représentation dans l'ordre des agnats, 296. — A quelle époque il fallait être l'agnat le plus proche pour succéder *ab intestat* au défunt, 297. — De la non-dévolution, 297. — Des *Gentiles*, 297. — Des différentes explications de la gentilité, 298. — Inconvénients du système de succession *ab intestat* de la loi des Douze Tables, 302. — Jurisprudence intermédiaire. Le droit de succéder *ab intestat* est enlevé aux femmes dans la plupart des cas, 302. — II. Droit postérieur à la loi des Douze Tables jusqu'aux Novelles de Justinien, 303. — Des héritiers siens, 303. — A. Droit prétorien. Des personnes appelées par le préteur au même rang que les héritiers siens, 303. — De la *collatio bonorum*, 304. — A qui profite la *collatio*, 305. — Quels biens sont dispensés du rapport, 306. — B. Constitutions impériales antérieures à Justinien. Des descendants par les filles, 306. — C. Droit de Justinien. Des enfants donnés en adoption, 306. — Des descendants par les filles, 308. — Des agnats, 308. — A. Droit prétorien, 308. — B. Constitutions impériales antérieures à Justinien, 308. — C. Droit de Justinien, 308 : — 1° à l'égard des enfants émancipés, 308 ; — 2° à l'égard des femmes, 309 ; — 3° à l'égard des parents par les femmes, 309 ; — 4° enfin relativement à la dévolution dans l'ordre des agnats, 309.

TITRE III.

Du sénatus-consulte Tertullien. 309

Droit antérieur au sénatus-consulte Tertullien, 309. — Du sénatus-consulte Tertullien, 310. — Dans quel but il fut porté, 310. — A quelles conditions la mère jouissait du bénéfice de ce sénatus-consulte, 310. — Dans quel ordre la mère succédait à ses enfants, 311. — De la dévolution dans la succession organisée par le sénatus-consulte, 312. — Fallait-il distinguer pour l'application du sénatus-consulte entre les enfants légitimes et les enfants naturels, 312. — De la *bonorum possessio unde legitimi* donnée à la mère, 312. — Modifications introduites par Justinien au sénatus-consulte Tertullien, 312.

TITRE IV.

Du sénatus-consulte Orphitien. 313

Droit antérieur au sénatus-consulte Orphitien, 313. — Du sénatus-consulte Orphitien, 314. — Quels enfants étaient appelés à la succession par ce sénatus-consulte, 314. — Caractère de l'ordre de succession créé par ce sénatus-consulte, 315. — Droit de préférence des enfants sur la mère de la défunte, 315. — Influence de la *capitis deminutio* sur les droits de succession déférés par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, 315. — De la *bonorum possessio unde legitimi* accordée aux enfants de la défunte, 316.

TITRE V.

DE LA SUCCESSION DES COGNATS 316

Définition, 316. — Origine de cet ordre de succession, 316. — Des personnes que le préteur admet dans cet ordre de succession, 316 : — 1° les agnats diminués de tête, et tous leurs descendants, 316 ; — 2° les agnats exclus de l'hérédité par le principe de non-dévolution, 317 ; — 3° les descendants donnés en adoption et qui au moment de la mort de leur père naturel se trouvent *in adoptiva familia*, ainsi que les personnes qui se sont données en adrogation, 317; — 4° les parents par les femmes, 317 ; — 5° les femmes agnates au delà du degré de sœurs, 317 ; — 6° la mère du *de cujus* et réciproquement les enfants de la défunte sur la succession de leur mère, 318 ; — 7° les enfants *vulgo quæsiti* soit par rapport à leur mère, soit par rapport à tous les parents maternels, et, à plus forte raison, les *liberi naturales* ou enfants nés du concubinat, 318.

TITRE VI.

DES DEGRÉS DE COGNATION 318

Combien y a-t-il de lignes de parenté, 318. — Qu'est-ce que la ligne directe, 318. — Comment se calcule la parenté en ligne directe, 319.—Qu'est-ce que la ligne collatérale, 319. — Comment se calcule la parenté en ligne collatérale, 319. — Qu'appelle-t-on degré de parenté, 319. — Observations diverses, 319.

TITRE VII.

DE LA SUCCESSION DES AFFRANCHIS. 321

I. Succession des affranchis d'après la loi des Douze Tables, 321. — II. Succession des affranchis d'après le droit

prétorien, 322. — III. Succession des affranchis d'après la loi Papia Poppæa, 323. — Succession des affranchis Latins-Juniens, 324. — Succession des affranchis déditices, 325. — IV. Succession des affranchis sous Justinien, 325.

TITRE VIII.

DE L'ASSIGNATION DES AFFRANCHIS 326

Notions préliminaires, 326. — Qui peut faire l'assignation d'un affranchi, 327. — En faveur de qui peut être faite cette assignation, 327. — Objet de l'assignation, 327. — De quelle manière se fait l'assignation, 327. — Comment s'évanouit l'assignation, 327.

TITRE IX.

DES POSSESSIONS DE BIENS. 328

Définition, 328. — Nature et caractère de la possession de biens, 328. — Dans quel but le préteur a-t-il créé les possessions de biens, 328. — Origine et développement successif de la possession de biens, 330. — Division des possessions de biens, 330. — A. Des possessions de biens testamentaires, 330. — Possessions de biens *contra tabulas* et *secundum tabulas*, 330. — Des possessions de biens *ab intestat*, 331. — Possessions de biens *unde liberi*, 331 ; — *unde legitimi*, 331 ; — *unde cognati*, 331 ; — *unde vir et uxor*, 331 ; — *unde decem personæ*, 332 ; — *tum quem ex familia*, 332 ; — *unde patronus et patrona, liberique eorum et parentes*, 332 ; — *unde cognati manumissoris*, 332. — Des possessions de biens *ordinaires* et *extraordinaires* ou *uti ex legibus*, 332. — B. Des possessions de biens *cum re* et *sine re*, 333. — Quel avantage pouvait offrir la possession de biens *sine re*, 333. — Dans quels cas la possession de biens était donnée *cum re* et *sine re*, 334. — C. Des possessions de biens *edictales* et *decretales*, 334. — De quelle manière s'obtenait la possession de biens, 335. — Dans quel délai elle devait être demandée, 335. — De l'accroissement et de la dévolution en matière de possession de biens, 336. — Des innovations de Justinien, 336.

APPENDICE A LA MATIÈRE DES SUCCESSIONS AB INTESTAT. . . . 337

Des successions *ab instestat* d'après les novelles 118 et 127. Il y a cinq classes d'héritiers, 338 : — 1° des descendants,

338 ; — 2° des ascendants, des frères et sœurs germains et de leurs descendants au premier degré, 338 ; — 3° des frères et sœurs germains et de leurs enfants, 339 ; — 4° des frères et sœurs consanguins ou utérins et de leurs enfants, 340 ; — 5° des autres collatéraux, 340.

TITRE X.

DE L'ACQUISITION PAR ADROGATION 340

Notions préliminaires, 341. — Origine de ce mode d'acquisition, 341. — Effets de l'adrogation, 341. — Transmission des biens de l'adrogé, 341. — Transmission des dettes de l'adrogé, 342 : — dettes héréditaires, 343 ; — dettes contractées par l'adrogé *proprio nomine*, 343 ; — dettes résultant d'un délit commis par l'adrogé, 344.

TITRE XI.

DE CELUI AUQUEL LES BIENS SONT ADJUGÉS POUR VALIDER LES AFFRANCHISSEMENTS.. 344

Définition, 344. — Origine de l'*addictio bonorum libertatis causa*, 344. — Dans quels cas est accordée l'addiction, 345. — Dans quel but l'est-elle, 345. — Dans quel délai doit-elle être demandée, 345. — A qui est-elle accordée, 346. — A quelles conditions, 346. — Des effets de l'addiction, 347 : — relativement au défunt, 347 ; — relativement aux créanciers, 347 ; — relativement aux affranchis, 347 ; — relativement à celui au profit de qui l'addiction est prononcée, 348. — Influence de la *restitutio in integrum* sur l'addiction, 348.

TITRE XII.

DES SUCCESSIONS SUPPRIMÉES QUI AVAIENT LIEU PAR LA VENTE DES BIENS, ET EN VERTU DU SÉNATUS CONSULTE CLAUDIEN. . 348

Définition, 348. — Origine de la *bonorum venditio*, 348. — Formalités qui précèdent l'adjudication, et qui sont au nombre de cinq, savoir, 349 : — I. De l'envoi en possession des biens du débiteur, 349. — Dans quels cas il y a lieu, 349. — Forme de l'envoi en possession, 349. — Effet et durée de l'envoi en possession, 349. - II. De la nomination d'un ou de plusieurs curateurs, 350. — Comment a lieu cette nomination, 350. — Fonctions du curateur, 350. — III. Des affiches annonçant la vente, 350. — Comment se nomment ces affiches, 350. — Quand doivent-elles être

appos'es, 350. — Quelle en est la teneur habituelle, 350. — Qu l est le but de leur apposition, 350. — IV. De la nomination d'un *magister* ou syndic, 350. — Comment elle a lieu, 350. — Fonctions du *magister*, 351. — V. De la rédaction des conditions de la vente, 351. — Qu'est-ce que la *lex bonorum vendendorum*, 351. — Par qui elle est rédigée, 351. — Quelle en est la teneur ordinaire, 351. — Quelles indications y sont contenues, 351. — De l'adjudication, 351. — Comment elle se fait, 351. — A quel prix, 351. — Des effets de la *bonorum venditio*, 352 : — à l'égard de l'acheteur, 352; — à l'égard du débiteur, 352. — Législation de Justinien, 352. — De la *distractio bonorum*, 352. — Différences entre la *venditio* et la *distractio bonorum*, 352.

Du sénatus-consulte Claudien 353

TITRE XIII.

Des obligations 354

Définition, 354. — De l'objet de l'obligation, 355. — Des différentes espèces d'obligations, 355 : — 1° obligations civiles et obligations prétoriennes ou honoraires, 355 ; — 2° obligations proprement dites et obligations naturelles, 356; — 3° obligations principales et obligations accessoires, 357 ; — 4° obligations pures et simples et obligations avec modalités, 357. — Des différentes modalités des obligations, 357 : — le terme, 357;—la condition, 357;— la clause pénale, 358.—De la cause des obligations, 359.— De la division des Institutes relativement à la matière des obligations, 361. — Des contrats, 361.

TITRE XIV.

Des obligations qui se contractent par la remise d'une chose. 361

Du *mutuum*, 361. — 1. De l'aliénation dans le *mutuum*, 362. — Conditions de capacité chez le prêteur, 362. — Différences entre l'action en revendication et la *condictio certi ex mutuo*, 363. — Conditions de capacité chez l'emprunteur, 364. — Conditions de formes, 364. — II. De l'obligation de rendre des choses de même nature et de même valeur que celles que l'on a reçues, 367. — Différences entre le *mutuum* et le quasi-usufruit, 368. — Exceptions au principe que l'emprunteur ne peut pas être

tenu en cas de *mutuum* à rendre une valeur supérieure à celle qu'il a reçue, 368.

Du commodat, du dépôt et du gage, 369. — Définition de ces trois contrats, 369. — Règles communes, 370. — Règles spéciales au commodat, 371. — Caractère et but du commodat, 371. — Des choses qui peuvent faire l'objet d'un commodat, 371. — Des droits du commodataire et par suite des obligations du commodant, 372. — Des obligations du commodataire et par suite des droits du commodant, 372. — Règles spéciales au dépôt, 373. — Caractère et but du dépôt, 373. — Des choses qui peuvent faire l'objet d'un dépôt, 373. — Différences entre le commodat et le dépôt, 373. — De quelques espèces particulières de dépôt, 374 : — Dépôt nécessaire ou misérable, 374 ; — Dépôt irrégulier, 375 ; — Différences entre le dépôt irrégulier et le *mutuum*, 375. — Dépôt d'une chose litigieuse ou séquestre, 375. — Différences entre le dépôt ordinaire et le séquestre, 376. — Règles spéciales au gage, 376. — Différentes significations du mot gage, 376. — Nature du contrat de gage, 376. — Notions historiques sur ce contrat, 377. — Constitution du gage, 378. — Des choses qui peuvent être l'objet d'un gage, 378. — Entre quelles personnes peut se former le contrat de gage, 379. — Des droits du créancier gagiste, 379. — Des obligations du créancier gagiste, 379. — Des droits du débiteur ou constituant du gage, 381. — Des obligations du débiteur ou constituant du gage, 381. — De quelques pactes accessoires au contrat de gage, 381 : — pacte d'antichrèse, 381 ; — pacte commissoire ou *lex commissoria*, 382.

TITRE XV.

DES OBLIGATIONS VERBALES. 382

Notions historiques, 382. — De la *dictio dotis*, 383. — Du *jusjurandum liberti*, 383. — De la stipulation, 383. — Double signification de ce mot, 384. — Origine de la stipulation, 384. — Différentes formes de la stipulation, 384. — Avantages qui résultent de la stipulation comme moyen de former une obligation, 385. — Inconvénients, 386. — Des diverses espèces de stipulation, 386 : — stipulation *certa*, 386 ; — stipulation *incerta*, 387 — Des actions qui résultent de la stipulation, 387 : — *condictio certi*, 387 ; — *condictio incerti* ou *actio ex stipulatu*, 387.

TITRE XVI.

DES COSTIPULANTS ET DES COPROMETTANTS. 388

Généralités 388. — Différentes manières dont les obligations corréales prennent naissance, 389. — Des effets de l'obligation corréale et des divers points de vue auxquels il faut les étudier, 391 : — rapports de créanciers à débiteur, 391 ; — rapports de débiteurs à créancier, 391 ; — rapports des costipulants entre eux, 393 ; — rapports des copromettants entre eux, 393. — Des modalités qui peuvent affecter une obligation corréale, 394.

TITRE XVII.

DE LA STIPULATION DES ESCLAVES. 395

Principes généraux, 395. — Du *servus communis*, 396. — Du *servus hereditarius*, 397. — De l'esclave d'autrui ou de l'homme libre possédé de bonne foi comme esclave, 398. — De l'esclave dont on a l'usufruit ou l'usage, 398.

TITRE XVIII.

DE LA DIVISION DES STIPULATIONS. 399

Des stipulations conventionnelles, 399. — Des stipulations judiciaires, 399 : — sens du mot *cautio*, 399. — *Cautio de dolo*, 400 ; — *cautio de persequendo servo restituendove pretio*, 400. — Dans quelle hypothèse doit être fournie cette dernière caution, 400. — Des stipulations prétoriennes, 401 : — *cautio damni infecti*, 401 ; — *cautio legatorum*, 402. — Stipulations édilitiennes, 403. — Des stipulations communes, 403 : — *cautio rem pupilli salvam fore*, 403 ; — *cautio de rato*, 404.

TITRE XIX.

DES STIPULATIONS INUTILES. 404

Définition, 404. — Des causes principales de nullité, 405. — I. Nullités qui tiennent à l'objet, 405. — L'objet de la stipulation doit : 1° être existant ou pouvoir exister, 405 ; — 2° être dans le commerce des hommes en général, 405 ; — 3° être dans le commerce du stipulant en particulier, 406 ; — cas où celui qui a stipulé une chose qui ne lui

appartient pas, en acquiert ensuite la propriété par une cause étrangère à cette stipulation, 407. — Peut-on stipuler ou promettre pour autrui, 408.— 4° L'objet de la stipulation doit enfin être licite, non réprouvé par les lois ou les bonnes mœurs, 409. — II. Nullités qui tiennent aux incapacités des parties, 409 : — défaut d'âge, 409 ; — altérations accidentelles des facultés mentales, 411. — III. Nullités qui tiennent à la forme, 411. — IV. Nullités qui tiennent aux modalités, 413. — De la condition, 413 : — conditions impossibles, 413 ; — conditions illicites, contraires aux lois et aux bonnes mœurs, 413. — De la stipulation prépostère, 414. — Du terme, 415.

TITRE XX.

DES FIDÉJUSSEURS. 416

De l'*adpromissio*, 416. — Des *sponsores*, 417. — Des *fidepromissores*, 417. — Des *fidejussores*, 417. — Différences entre la *sponsio* et la *fidepromissio* d'une part, et la *fidejussio* d'autre part, 417. — Quelles conséquences peut-on tirer du principe que la fidéjussion est une obligation accessoire, 419. — Recours du fidéjusseur qui a payé la dette contre le débiteur principal, 420. — Des différents bénéfices accordés aux fidéjusseurs, 421 : — 1° bénéfice de division, 421 ; — 2° bénéfice de cession d'actions, 421 ; — 3° bénéfice d'ordre ou de discussion, 422.

APPENDICE.— DE L'INTERCESSION DES FEMMES OU DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN. 423

Qu'est-ce que ce sénatus-consulte, 423. — Dans quel but il fut rendu, 423. — Cas d'application de ce sénatus-consulte, 423. — Moyen de défense tiré de ce sénatus-consulte, 424. — Droit de Justinien, 425.

TITRE XXI.

DES OBLIGATIONS LITTÉRALES. 426

Définition, 426. — Des *adversaria*, 426. — Des *tabulæ* ou *codex*, 426. — Des *nomina arcaria* et des *nomina transcriptitia*, 427. — D'où est venue la dénomination d'*expensilation* donnée au contrat littéral, 428. — Ressemblances entre l'expensilation ou contrat littéral et la stipulation ou contrat verbal, 428. — *Id.* différences, 429. — De combien de manières s'opéraient les *nomina transcriptitia*, 429. — De la *transcriptio a re in personam*, 429. — De la *transcriptio a persona in personam*, 430. — Les pré-

grins pouvaient-ils s'obliger dans la forme des *nomina transcriptitia*, 430. — Des *chirographa* et des *syngraphæ*, 430. — Caractère des *chirographa* et des *syngraphæ*, 430. — Droit de Justinien, 431.

DE L'EXCEPTION NON NUMERATÆ PECUNIÆ. 431

Dans quels cas pouvait-elle être invoquée, 431. — Dans quel délai pouvait-elle être opposée, 432. — Existe-t-il encore sous Justinien de véritables contrats littéraux, 433.

TITRE XXII.

DES OBLIGATIONS CONSENSUELLES. 433

Définition, 433. — Combien y a-t-il de contrats consensuels, 434. — Caractères des contrats consensuels, 434.

TITRE XXIII.

DE LA VENTE. 435

Définition, 435. — Quand la vente est-elle parfaite, 435. — Des arrhes, 435. — Des choses qui peuvent être vendues, 437 : — vente d'une hérédité future, 437 ; — vente de la chose d'autrui, 437 ; — vente d'une chose qui n'est pas dans le commerce, 438 ; — vente d'une chose qui avait déjà péri lors du contrat, 439. — Du prix, 439. — Le prix doit : 1° être certain, 439 ; — 2° être sérieux et non simulé, 440 ; — 3° consister en argent monnayé, 440. — Différences entre la vente et l'échange, 440. — Des obligations du vendeur, 441 : — de conserver la chose jusqu'à la tradition, 441 ; — de la livrer à l'époque et au lieu convenus, 441 ; — de garantir l'acheteur contre toute éviction, 441. — Des obligations de l'acheteur, 442 : — de payer le prix, 442 ; — de rembourser au vendeur les impenses faites de bonne foi à la chose vendue depuis la vente, 442 ; — de payer les intérêts du prix du jour de la tradition, si le paiement n'est pas à terme, 442. — Des risques de la chose vendue, 442 : — dans la vente pure et simple ou à terme d'un corps certain, 442 ; — dans la vente conditionnelle d'un corps certain, 443 ; — dans la vente à l'essai ou moyennant dégustation, 444 ; — dans la vente d'une chose de genre, 444 — Des modalités du contrat de vente, 444. — De quelques pactes accessoires au contrat de vente, 444 : — *addictio in diem*, 444 ; — pacte commissoire ou *lex commissoria*, 445 ; — pacte de réméré, 445. — De la

rescision de la vente pour cause de lésion, 445. — Des actions qui se rencontrent dans le contrat de vente, 446 : — action *vendili* ou *ex vendito*, 446 ; — action *empti* ou *ex empto*, 446 ; — action rédhibitoire, 447 ; — action *quanto minoris* ou *æstimatoria*, 447 ; — action *ex stipulatu*, 447. — Différences entre l'action *ex stipulatu* et l'action *ex empto*, 447.

APPENDICE. — Du transport ou cession des créances. . . 449

TITRE XXIV.

Du louage. 449

Définition, 449 *quinquiès*. — Diverses variétés de louage, 449 *quinquiès* : — louage de choses (*locatio, conductio rerum*), louage de services (*locatio, conductio operarum*), louage d'ouvrage à confectionner (*locatio, conductio operis*), 449 *quinquiès*. — I. Règles communes à toutes les variétés de louage, 450. — Conditions essentielles à tout contrat de louage : — 1° le consentement des parties, 450 ; — 2° une chose à procurer, 450 ; — 3° un prix, 450. — Des actions relatives au contrat de louage, 452 : — action *locati*, 452 ; — action *conducti*, 452. — II. De quelques règles particulières au louage de choses, 452. — Différences entre le louage de choses et la vente, 452. — Différences entre le droit du locataire et celui de l'usufruitier, 453. — Extinction du louage de choses, 454. — III. De quelques règles particulières au louage de services et au louage d'ouvrage, 456. — Analogie entre le louage d'ouvrage et la vente, 456. — Extinction du louage de services et du louage d'ouvrage, 456.

De l'emphytéose. 457

Origine de l'emphytéose, 457. — Caractère du contrat d'emphytéose, 457. — Comment s'établit l'emphytéose, 458. — Différences entre l'emphytéose et le locataire ordinaire d'un immeuble, 459. — Extinction de l'emphytéose, 460.

TITRE XXV.

De la société. 460

Définition, 460. — Conditions essentielles au contrat de société, 460 : — 1° le consentement des parties, 461 ; — 2° un apport réciproque, 461 ; — 3° un intérêt commun, 461. — Des diverses espèces de société, 461 : — 1° société *totorum bonorum*, 462 ; — 2° société *omnium quæ ex questu veniunt*, 462 ; — 3° société *alicujus negotiationis*, 462 ; — 4° société *unius rei*, 462 ; — 5° société *vectigalis*, 462. — Des parts de chaque associé dans les gains et pertes, 462. — Règlement des parts par la con-

vention des parties, 463. — Règlement des parts laissé à l'arbitrage d'un tiers, ou même de l'un des associés, 464. — Règlement des parts par la loi, 464. — Des actions relatives à la société, 465 : — action *socii* ou *pro socio*, 466 ; — action *communi dividundo*, 466. — Causes de dissolution de la société, 467 : — *ex personis*, 467 ; — *ex rebus*, 468 ; — *ex voluntate*, 468 ; — *ex actione*, 469 ; — *ex tempore*, 469.

TITRE XXVI.

DU MANDAT 469

Définition, 469. — Caractère essentiel du mandat, 469. — Des honoraires, 470. — Différences entre le mandat et le dépôt, 470. — Quand le mandat est-il parfait, 470. — Des actions qui naissent du mandat, 470. — Des effets du mandat, 471 : — relativement au mandant et au mandataire, 471 ; — relativement aux tiers qui ont contracté avec le mandataire, 472. — De combien de manières peut se contracter le mandat, 472 : — 1° mandat dans l'intérêt du mandant seul, 473 ; — 2° mandat dans l'intérêt réciproque du mandant et du mandataire, 473 ; — 3° mandat dans l'intérêt d'un tiers, 474 ; — 4° mandat dans l'intérêt du mandant et d'un tiers, 475 ; — 5° mandat dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers, 475. — *Quid* du mandat donné dans l'intérêt du mandataire seul, 475. — *Quid* d'un mandat qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, 476. — Des différentes modalités qui peuvent être apposées au contrat de mandat, 476 ; — mandat à terme, 476 ; — mandat conditionnel, 476. — Causes de dissolution du mandat, 476 : — 1° la révocation faite par le mandant, 476 ; — 2° la mort du mandant, 476 ; — 3° la mort du mandataire, 477 ; — 4° la renonciation du mandataire, 477 ; — 5° la conclusion de l'affaire, 478 ; — 6° l'arrivée du terme ou l'avénement d'une condition résolutoire, 478.

APPENDICE I. — DES PACTES 478

Définition, 478. — Division des pactes, 478 : — I. *Relativement à leur origine*, les pactes viennent du droit civil, du droit prétorien ou du droit impérial, 478. — II. *Relativement à leur manière d'être*, les pactes existent accessoirement à un contrat, ou par eux-mêmes, indépendamment de tout contrat, 479. — *a*. Pactes adjoints *in continenti* à un contrat de bonne foi, 479 ; — pactes adjoints *in continenti* à un contrat de droit strict, 480. — Pactes ajoutés à un contrat *ex intervallo*, 480 ; — observation relative

aux contrats consensuels, 481. — *b*. Pactes isolés, 481. — III. *Relativement à leurs effets*, les pactes sont munis ou dépourvus d'actions, 481 ; — pactes nus, 481.

APPENDICE II. — DES CONTRATS INNOMÉS. 482

TITRE XXVII.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT COMME D'UN CONTRAT. 486

Définition, 486. — Diverses espèces d'obligations nées *quasi ex contractu*, 486. — I. De la gestion d'affaires, 487. — Définition, 487. — Analogie entre la gestion d'affaires et le mandat, 487. — *Id*. différence, 487. — De la ratification des actes du gérant d'affaires, 488. — II. De la tutelle et de la curatelle, 488. — Actions qui naissent de la tutelle et de la curatelle, 488. — III. De la communauté ou de l'indivision, 489. — IV. De l'acceptation d'une hérédité, 490. — V. Du paiement de l'indu, 490. — Définition, 490. — De l'obligation qui naît du paiement de l'indu, 490. — Analogies entre le *mutuum* et le paiement de l'indu, 490. — Conditions essentielles pour qu'il y ait lieu à la *condictio indebiti*, 491. — Il faut trois conditions : 1° que la chose payée ne soit pas due (*indebitum*). Dans quels cas il y a *indebitum*, 491 ; — 2° Que le paiement ait été fait par erreur. Dans quels cas le paiement est fait par erreur (*per errorem solutum*), 492. — 3° Que le paiement ne puisse pas être considéré comme fait à titre de transaction. Dans quels cas le paiement de l'indû peut être considéré comme fait à titre de transaction, 493. — Détermination et montant de la condamnation résultant de la *condictio indebiti*, 494.

APPENDICE. — DE LA PRESTATION DES FAUTES 494

Généralités, 494. — Qu'est-ce que la faute, 494. — De la faute dans les obligations de droit strict, 494. — *Id*. dans les obligations de bonne foi, 494. — Du dol, 495. — Du cas fortuit, 495. — Des divers degrés de la faute, 496 : — faute lourde, 496 ; — faute légère, 496. — Double point de vue auquel la faute légère doit être considérée, 496 : — faute légère *in abstracto*, 497 ; — faute légère *in concreto*, 497. — Théorie des trois degrés de la faute, 498 en note.

TITRE XXVIII.

PAR QUELLES PERSONNES NOUS ACQUÉRONS UNE OBLIGATION. . . . 499

TITRE XXIX.

DE QUELLES MANIÈRES S'ÉTEINT UNE OBLIGATION 500

Division des modes d'extinction des obligations, 500 : modes d'extinction *ipso jure*, et modes d'extinction *exceptionis ope*, 500. — Importance de cette division, 500. — Des modes d'extinction *ipso jure*, 500. — I. Du paiement et de la dation en paiement, 501. — Définition du paiement, 501. — Qui peut payer, 501. — A qui le paiement doit être fait, 502. — Qu'est-ce qui doit être payé, 502. — Des offres et consignation, 503. — Des effets du paiement, 503. — Preuve du paiement, 503. — De la dation en paiement, 504. — Définition, 504. — Des effets de la dation en paiement, 504. — Que décider au cas où le créancier est évincé de la chose donnée en paiement *pro alio*, 504. — II. De la novation, 505. — Définition, 505. — Utilité de la novation, 506. — Conditions nécessaires pour opérer une novation, 506. — Il y en a quatre, savoir : 1° le consentement des parties et leur intention de créer de nouveaux rapports juridiques (*animus novandi*), 507 ; — 2° une stipulation valable, 507 ; — 3° une obligation préexistante et valable (*idem debitum*), 509 ; — 4° un élément nouveau établissant une différence entre la nouvelle obligation et l'obligation primitive (*aliquid novi*), 509. — De quelles manières s'opère la novation, 509. — De trois manières : 1° par changement de dette, sans changement de parties, 509 ; — 2° par changement de débiteur, sans changement de créancier, 512 ; — 3° par changement de créancier, sans changement de débiteur, 513. — Des effets de la novation, 514. — III. De l'acceptilation, 514. — Définition, 514. — Analogies entre l'acceptilation et le paiement, 515. — *Id.* différences, 515. — Parallèle entre l'acceptilation et la stipulation, 516. — De la stipulation Aquilienne, 517. — IV. Du mutuel dissentiment, 518. — V. De la perte de la chose due, 519. — VI. De la confusion, 520. — VII. De la compensation, 522.

LIVRE QUATRIÈME

TITRE I.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT D'UN DÉLIT 523

Définition du délit, 523. — Division des délits, 523 : — dé-

lits publics et délits privés. 523. — Des principaux délits privés, 524. — Du vol, 524. — Définition et étymologie, 524. — Conditions exigées pour qu'il y ait vol, 524. — Il faut : — qu'il y ait *contrectatio rei*, 524 ; — que cette *contrectatio* soit *fraudulosa* et *invito domino*, 525 ; — que cette *contrectatio* soit faite *lucri faciendi gratia*, 526. — Des diverses espèces de vol, 527 : — vol *manifeste*, 527 ; vol *non manifeste*, 527 ; — vol *conceptum*, 527 ; — vol *oblatum*, 527 ; — vol *prohibitum*, 528 ; — vol *non exhibitum*, 528. — Des actions qui naissent du vol, 528. — Actions civiles : — 1° La revendication, 528 ; — 2° la *condictio furtiva*, 528 ; — Action pénale : l'action *furti*, 529. — Quel est le montant de la condamnation prononcée par l'action *furti*, 529. — A qui est donnée l'action *furti*, 530. — Contre qui est donnée cette action, 532. — Des complices, 532. — Conditions nécessaires pour qu'il y ait complicité, 532. — Du vol commis par un esclave, par un fils de famille ou par l'un des époux, 533.

TITRE II.

DES BIENS ENLEVÉS PAR VIOLENCE. 534

Définition, 534. — De l'action *bonorum vi raptorum*, 534. — Analogies entre l'action *bonorum vi raptorum*, et l'action *furti*, 534. — *Id.* différences, 535. — De l'action publique de la loi *Julia de vi privata*, 537.

TITRE III.

DE LA LOI AQUILIA. 538

Origine de cette loi, 538. — Premier chef de la loi *Aquilia*, 538. — Objet de ce premier chef, 538. — Qu'entend-on par le mot *injuria*, 538. — Quel est le montant de la condamnation portée par ce premier chef, 540. — De l'action de la loi *Cornelia de sicariis*, 541. — Deuxième chef de la loi *Aquilia*, 541. — Objet de ce second chef, 541. — Montant de la condamnation portée par ce chef, 542. — Troisième chef de la loi *Aquilia*, 542. — Objet de ce troisième chef, 542. — Montant de la condamnation portée par ce chef, 543. — Observations communes au premier et au troisième chefs de la loi *Aquilia*, 543. — Observations communes aux trois chefs de la loi *Aquilia*, 544.

TITRE IV.

DES INJURES. 545

Différents sens du mot *injuria*, 545. — De quoi peut résulter l'injure, 545. — Conditions constitutives du délit d'injure, 545.— Combien de personnes peuvent être injuriées à l'occasion d'une seule injure, 546. — Contre qui est donnée l'action d'injure, 548. — Quelle est la peine de l'injure, 548. — Des diverses espèces d'injures, 549. — Injures simples et injures atroces, 549. — Intérêt de la distinction des injures en injures simples et en injures atroces, 550. — Action criminelle contre l'injure, 550. — Extinction de l'action d'injure, 550.

TITRE V.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT COMME D'UN DÉLIT. 551

Quand les obligations naissent comme d'un délit, 551. — Diverses hypothèses d'obligations nées comme d'un délit, 551 : — Cas où le juge a fait le procès sien, 551. — Cas où l'on a jeté ou répandu quelque chose qui a causé un préjudice à autrui, 552. —Cas où l'on a posé ou suspendu des objets d'une manière périlleuse sur la voie publique, 552.— Cas où un vol a été commis dans un navire, dans une auberge ou dans une écurie, 553.

TITRE VI.

DES ACTIONS. 554

Diverses significations du mot action, 554. — Des divers systèmes de procédure successivement en usage à Rome, 554. — Caractère commun de la procédure par les actions de la loi et de la procédure par les formules, 554 — Des magistrats, 555. — Des Juges, 556. — I. Des actions de la loi, 558. — Caractère particulier des actions de la loi, 558. — De l'action *sacramenti*, 559. — De la *judicis postulatio*, 559. — De la *condictio*, 559. — De la *manus injectio*, 560. — De la *pignoris capio*, 561. — II. Système de la procédure formulaire, 561. — Caractère essentiel du système formulaire, 562. — Parties principales dont se composait une formule, 562. — Parties accessoires, 564. —De la *litis contestatio*, 564.—Différences entre la *litis contestatio* et la novation, 564, note 3. - Conséquences d'une erreur commise dans la formule, 564. — Plus-pétition,

565. — *Minus-petitio*, 567. — *Aliud pro alio*, 567. — III. Procédure extraordinaire, 568. — Division des actions, 569. — *Première division*. Actions réelles (*in rem*), actions personnelles (*in personam*), 569. — Sens exact des mots *in rem* et *in personam*, 570. — Actions civiles, *in rem*, 571 : — 1° la revendication, 571 ; — 2° la pétition d'hérédité, 572 ; — 3° l'action confessoire, 573 ; — 4° l'action négatoire, 574. — Actions civiles *in personam*, 576. — *Deuxième division*. Actions civiles, actions honoraires ou prétoriennes, 576. — Actions *in rem* prétoriennes, 577 : — 1° action publicienne, 577 ; — 2° action rescisoire de l'usucapion ou contraire à la publicienne, 581 ; — 3° action paulienne, 582 ; — 4° action servienne et action quasi-servienne ou hypothécaire, 585. — Actions *in personam* prétoriennes, 587 : — action *constitutæ pecuniæ*, 587 ; — action *de jurejurando*, 589. — Des actions préjudicielles, 590 : — Quelles étaient les principales actions préjudicielles, 591 ; — action préjudicielle relative à la liberté ou *causa liberalis*, 591 ; — action préjudicielle relative à l'ingénuité, 592 ; — action préjudicielle relative à la question de filiation et de paternité, 592. — Contestation de l'état d'une personne après la mort de cette personne, 593. — Des actions mixtes, *tam in rem quam in personam*, 593 : — action *communi dividundo*, 593 ; — *familiæ erciscundæ*, 593 ; — *finium regundorum*, 593. — En quel sens les Institutes ont-elles pu dire que ces actions étaient *tam in rem quam in personam*, 594. — *Troisième division*. Actions *in jus*, actions *in factum*, 595. — Corrélation entre les actions *in jus* et *in factum* et les actions civiles et prétoriennes, 596. — Intérêt de cette division des actions, 596. — *Quatrième division*. Actions persécutoires de la chose, persécutoires de la peine, persécutoires de la chose et de la peine ou mixtes, 597. — Intérêt de cette division des actions, 599. — *Cinquième division*. Actions au simple, au double, au triple, au quadruple, 600. — *Sixième division*. Actions de droit strict, actions de bonne foi, actions arbitraires, 602. — Différences entre les actions de droit strict et les actions de bonne foi, 603. — Quelles étaient les actions de droit strict, 604. — Quelles étaient les actions de bonne foi, 606. — De l'action en restitution de la dot, 607. — Actions arbitraires, 610. — *Septième division*. Actions où le demandeur peut obtenir tout ce qui lui est dû, actions où il n'obtient que moins, 613. — Du bénéfice de compétence, 613. — A quelles personnes appartenait ce bénéfice, 613. — De la compensation, 614 : — avant Justinien, 615 ; — sous Justinien, 617.

TITRE VII.

DES ACTIONS DONNÉES A RAISON DES CONTRATS PASSÉS AVEC CEUX QUI SONT SOUS LA PUISSANCE D'AUTRUI. 618

Combien de sortes d'actions indirectes peut-on avoir contre le père ou le maître à raison des obligations contractées par le fils ou l'esclave, 619. — Action *quod jussu*, 619. — Action exercitoire, 620. — Action institoire, 620. — Extension apportée aux actions exercitoire et institoire, 621. — Action tributoire, 621. — Action *de peculio*, 622. — Action *de in rem verso*, 623. — Du choix accordé au créancier entre ces diverses actions, 623. — Différences entre les engagements pris par un esclave et ceux pris par un fils de famille, 624. — Du sénatus-consulte Macédonien, 624. — Cas d'application de ce sénatus-consulte, 625. — Exception qui en résulte, 625.

TITRE VIII.

DES ACTIONS NOXALES. 626

Qu'est-ce que l'action noxale, 626. — Sur quel principe reposait cette action, 626. — Caractères de cette action, 626. — Contre qui se donnait l'action noxale, 627. — De quelle manière et à quel moment se faisait l'abandon noxal, 628. — Effet de cet abandon, 628. — Cas dans lesquels cet abandon ne pouvait être fait, 629. — Réformes en matière d'abandon noxal, 629.

TITRE IX

DU DOMMAGE CAUSÉ PAR UN QUADRUPÈDE 630

Qu'est-ce que l'action noxale *de pauperie*, 630. — A quels animaux s'appliquait cette action, 630. — De l'action introduite par l'Edit des édiles, 631.

TITRE X.

PAR QUELLES PERSONNES ON PEUT AGIR. 631

I. Sous le système *des actions de la loi*, 631. — II. Sous le système *de la procédure formulaire*, 632. — III. Sous Justinien, 634.

TITRE XI.

DES SATISDATIONS. 635

Qu'est-ce qu'une satisdation, 635. — I. De la satisdation avant Justinien, 635. — II. De la satisdation sous Justinien, 637.

TITRE XII.

DES ACTIONS PERPÉTUELLES ET DES ACTIONS TEMPORAIRES ET DE CELLES QUI PASSENT AUX HÉRITIERS OU CONTRE LES HÉRITIERS 638

Des actions perpétuelles et des actions temporaires, 638. — I. Dans le droit ancien, 638. — II. Dans le droit du Bas-Empire, 639. — De la durée des instances, 640. — Des actions qui passent aux héritiers du créancier, 640. — Des actions qui se donnent contre les héritiers du débiteur, 641. — Effet de la *litis contestatio* relativement aux actions qui ne sont point transmissibles aux héritiers ou contre les héritiers, 641.

TITRE XIII.

DES EXCEPTIONS 641

Notions générales, 641 : — Défense, — exception, — *præscriptio*, 641. — Division des exceptions, 644 ; — 1° à raison de leur origine : — exceptions du droit civil, 644 ; — exceptions du droit prétorien, 645 ; — 2° à raison de leur nature : — exceptions *in rem* ou *rei cohærentes*, 645 ; — exceptions *in personam* ou *personæ cohærentes*, 646 ; — 3° à raison de leur durée : — exceptions perpétuelles et péremptoires, — exceptions temporaires et dilatoires, 646 ; — 4° à raison de leur but, 648.

DE L'EXCEPTION REI JUDICATÆ. 648

Qu'est-ce que cette exception, 648. — Fondement de cette exception, 648. — A quelles conditions elle est admise, 649. — Quelle est l'étendue des effets produits par cette exception, 650. — De l'exception *rei in judicium deductæ*, 651.

TITRE XIV.

DES RÉPLIQUES 651

Qu'est-ce qu'une réplique, 651 ; — une duplique, 652 ; — une triplique, etc., 652.

TITRE XV.

DES INTERDITS 653

Qu'est-ce qu'un interdit, 652. — Division des interdits, 653. — I. Des interdits prohibitoires, restitutoires et exhibitoires, 653. — Importance de cette division des interdits, 654. — II. Des interdits non possessoires et des interdits possessoires, 655. — Interdits non possessoires, 655. — Interdits possessoires, 655. — A. Interdits *adipiscendæ possessionis*, 655 : — 1° interdit *quorum bonorum*, 656. — 2° interdit *possessorium* et interdit *sectorium*, 657 ; — 3° interdit Salvien, 657 ; — 4° interdit *quod legatorum*, 659. — B. Interdits *retinendæ possessionis*, 659 : — 1° interdit *uti possidetis*, 659 ; — 2° interdit *utrubi*, 661. — C. Interdits *recuperandæ possessionis*, 662 : — 1° interdit *unde vi*, 662 ; — 2° interdit *de precario*, 664 ; — 3° interdit *de clandestina possessione*, 664. — D. Interdits *tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis*, 664 : — 1° interdit *quem fundum*, 665; — 2° interdit *quam hereditatem*, 665 ; — 3° interdit *quem usumfructum*, 665. — III. Des interdits simples et des interdits doubles, 665. — IV. Des interdits relatifs aux servitudes, 667.

TITRE XVI.

DE LA PEINE DES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES. 667

Par quels moyens réprimait-on la témérité des plaideurs sous Justinien, 667. — Par trois moyens, 667 : — 1° par la religion du serment, 667 ;—2° par une peine pécuniaire, 668 ; — 3° par la crainte de l'infamie, 668.

TITRE XVII.

DE L'OFFICE DU JUGE 669

Qu'entend-on par office du juge, 669.—En quoi consiste l'office du juge, 669. — De l'office du juge dans la revendication et dans la pétition d'hérédité relativement à la restitution des fruits, 670.

TITRE XVIII.

DES JUGEMENTS PUBLICS 671

FIN DE LA TABLE DES TITRES

TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES

A

Abandon noxal, 44, 626.
Acceptation d'une donation, 164 et note 1.
d'une hérédité, 490.
Acceptilation, 514.
Accession, 120.
Accroissement, 222, 264.
Accusation publique, 671.
Acquisition de la propriété, 118, 180.
Actions, 554.
ad exhibendum, 611.
adjectitiæ qualitatis, 619.
æstimatoria, 447.
arbitraires, 610.
au simple, au double, au triple, au quadruple, 600.
bonorum vi raptorum, 534.
civiles, 571.
communi dividundo, 466, 593.
confessoire, 573.
constitutæ pecuniæ, 587.
de bonne foi, 606.
de dol, 611.
de droit strict, 602.
de eo quod certo loco, 612.
de in rem verso, 623.
de jurejurando, 589.
de la loi, 558.
de partu agnoscendo, 592.
de pauperie, 630.
de peculio, 622.
Actions directes, 619.
en revendication, 363, 528, 571, 670.
en supplément, 233.
ex empto, 446.
exercitoire, 620.
ex stipulatu, 388, 447.
familiæ erciscundæ, 593.
finium regundorum, 593, 612.
furti, 529, 534.
honoraires, 577.
hypothécaire, 585.
indirectes, 619.
in jus et in factum, 595.
in rem et in personam, 569.
institoire, 620.
judicati, 633.
mixtes, 593, 598.
négatoire, 574.
noxale, 626.
Paulienne, 582.
perpétuelles, 638.
persécutoires, 597.
personnelles, 570, 587.
præscriptis verbis, 483.
préjudicielles, 590.
prétoriennes, 577.
Publicienne, 577.
quanto minoris, 447.
quasi-institoire, 621.
quasi-servienne, 585.
quod jussu, 619.
quod metus causa, 611.
rédhibitoire, 447
réelles, 569, 57..
rescisoire de l'usucapion, 581.

Actions Servienne, 585.
tam in rem quam in personam, 593.
temporaires, 638.
transmissibles et intransmissibles, 640.
tributoire, 620.
utiles, 633.
V. *Contrats.—Obligations*, etc.
Addictio bonorum libertatis causa, 344.
Addictio in diem, 444.
Adition d'hérédité, 243.
Adjectus solut. grat., 409.
Adjonction, 127.
Adjudication, 130.
Adoption, 63, 75.
Adpromissio, 416.
Adrogation, 63, 65, 67, 340.
Adstipulateur, 416, 541.
Adversaria, 426.
Affranchis, 20, 321, 326.
Affranchissement, 22, 29.
Age, 93, 409.
Agnats, 49, 82, 296, 308.
Aliénation, 175.
Alliance, 51.
Alluvion, 124.
Antichrèse, 381.
Arbiter, 557.
Arbitrium, 610.
Arcaria nomina, 427.
Arrhes, 435.
Assignation des affranchis, 326.
Autorisation du tuteur, 93, 100, 176.

B

Barbares, 17.
Bénéfice d'abstention, 242.
de cession d'actions, 421.
de compétence, 613.
de division, 421.
d'inventaire, 248.
d'ordre ou de discussion, 422.
Bénéfice de séparation des patrimoines, 240.
Bonne foi, 153.
Bonorum possessio.—V. *Possession de biens.*
Bonorum distractio, 352.
venditio, 348.

C

Captivité, 20, 72, 202.
Caput, 84.
Cas fortuit, 495.
Causa liberalis, 591.
Causæ probatio, 58.
Cautio damni infecti, 401.
de dolo, 400.
de persequendo servo, 400.
de rato, 404.
judicatum solvi, 635.
legatorum servand. causa, 402.
Mutienne, 262.
rem pupilli salvam fore, 403.
rem ratam dominum habiturum, 633, 634.
V. *Satisdation.*
Célibataires, 214, 266.
Cens, 23, 26, 63.
Centumvirs, 557.
Cessio in jure, 66, 129, 142.
Cession des créances, 449.
Chirographa, 430.
Chose jugée, 648.
Choses, 113.
corporelles et incorporelles, 118, 130.
divini juris, 114.
humani juris, 115.
in commercio et extra commercium, 114.
in patrimonio et extra patrimonium, 113.
mancipi et nec mancipi, 117.
nullius, 117.
singulorum, 115.

Citoyens, 16.
Clause codicillaire, 290.
pénale, 358.
Codex, 426.
Codicilles, 286.
Coemptio, 61, 76.
Cognats, 49, 316, 318.
Cognitiones extraordinariæ, 567.
Cognitor, 632.
Collatio bonorum, 304.
Colonat, 42.
Commercium, 16, 45.
Commixtion, 128.
Commodat, 369, 371.
Communauté.—V. *Indivision*.
Compensation, 522, 614.
Complicité de vol, 532.
Compte de tutelle, 97.
Concubinat, 55.
Condictio, 387, 559, 605.
furtiva, 528.
indebiti, 490.
ob causa datorum, 483.
Condition, 219, 262, 357, 413.
Confarréation, 61.
Confusion, 128, 520.
V. *Commixtion*.
Connubium, 17, 45, 48.
Consignation.—V. *Offres*.
Constitut, 391 (note), 587.
Constitutions impériales, 8.
Constructions, 121.
Contrats, 360.
consensuels, 433.
innomés, 482.
littéraux, 426.
réels, 361.
verbaux, 382.
V. *Obligations*.
Contubernium, 57.
Corréalité, 388.
Coutume, 10 *ter*.
Créances, 10 (note 2), 146 (note 1), 449.
Crimen suspecti, 111.
Curatelle, 101, 179, 488.
Curie (oblation à la), 59.

D

Damnum infectum, 401.
Datio tutoris, 89.
Dation en paiement, 504.
Décrets, 9.
Déditices, 19, 325.
Défenseur, 634.
Délégation, 512.
Délits, 360, 523.
Dépôt, 369, 373, 470.
irrégulier, 375.
nécessaire ou misérable, 374.
Dictio dotis, 174, 383.
Dies cedit et dies venit, 271.
Diminution de tête, 84.
Distractio bonorum, 352.
Divorce, 54.
Dol, 495.
Dommage causé par un quadrupède, 630.
Donations, 164.
à cause de mort, 169.
à cause de noces, 174 *ter*.
entre époux, 172.
entre-vifs, 164.
Dot, 174, 175, 607.
Droit, 1.
civil, 4.
des gens, 4.
écrit, 6.
honoraire, 10.
international, 4 et note 1.
naturel, 5.
non écrit, 10 *bis*.
personnel, 131.
privé, 4.
public, 3.
réel, 131.
Duplique, 652.

E

Échange, 440.
Edits, 8.
Edits des magistrats, 9.

Emancipation, 73.
Empêchements au mariage, 48.
Emphytéose, 457.
Erreur, 492.
Erroris causæ probatio, 58.
Esclavage, 11.
Esclaves, 39, 183, 214, 395, 533.
Eviction, 441.
Exceptions, 641.
non numeratæ pecuniæ, 431.
rei in judicium deductæ, 651.
rei judicatæ, 648.
Excuses des tuteurs et de cursateurs, 108.
Exécution sur les biens, 348.
Exhérédation, 202.
Expensilation, 428.
Extinction des legs, 273.
des obligations, 500.

F

Falcidie, 275.
Familia, 188.
Faute, 494.
Femmes, 69, 97, 423.
Fiançailles, 45 *bis*.
Fidéicommis, 279.
à titre particulier, 285.
universel, 281.
Fidéjusseurs, 416, 511, 519.
Fidepromissores, 417.
Fleuve, 124.
Formules, 561.
Fraude, 31, 525, 583.
Fruits, 121, 146, 670.

G

Gage, 178, 369, 376.
Garantie, 441.
Gentiles, 83, 297.
Gestion d'affaires, 487.

H

Habitation, 150.
Hérédité ab intestat, 29 ..
testamentaire, 188.
Héritiers externes ou volontaires 243.
nécessaires, 239.
siens et nécessaires, 241, 293, 303, 331.

I

Iles-ilots, 125.
Imperium, 8, 556.
Impubère, 69, 94, 410.
Incapacités dans les obligations, 409.
dans les testaments, 197.
Indivision, 489.
Indu, 490.
Infantia, 93, 409.
Infirmation du legs, 272.
du testament, 229.
Ingénu, 20.
Injure, 545.
Inofficiosité du testament, 230.
Inondation, 126.
Insinuation, 166.
Instances (durée des), 640.
Institution d'héritier, 211.
Intercession, 423.
Interdits, 652.
doubles, 664, 666.
exhibitoires, 654.
non possessoires, 655.
possessoires, 655.
prohibitoires, 653.
quasi-possessoires, 657.
restitutoires, 653.
relatifs aux servitudes, 667.
simples, 665.

J

Judicia extraordinaria, 567.
Judicis postulatio, 559.
Jugements publics, 671.
Juges, 556.
Jurata promissio liberti, 383.
Jurisdictio, 8, 556.
Jurisprudence, 2.
Jus antiquum, 268.
aureorum annulorum, 28 (note).
caduca vindicandi, 267.
capiendi, 213.
fetiale, 4 et note 1.
gentium, 4.
honorarium, 10.
liberorum, 310.
postliminii, 20, 72, 202, 294.
suffragii et honorum, 17.
V. *Droit*.
Justes noces. — V. *Noces*.
Juste titre, 152 et note 1.
Justice, 1.

L

Latin, 17, 324.
Latin-junien, 25, 27.
Légitimation, 57.
Légitime, 233.
Legs, 249.
de genre, 259.
de la chose d'autrui, 254.
de la dot, 257.
de libération, 257.
d'option, 260.
d'une chose future, 260.
d'une chose incorporelle, 260.
d'une chose principale, 258.
d'une universitatis juris, 258.
per damnationem, 251.
per præceptionem, 252.
per vindicationem, 250.
sinendi modo, 252.
Lésion, 445.
Lex commissoria, 382, 445.
Liberale judicium, 591.
Liberté, 11, 72.
Litis contestatio, 564, 641.
Loi, 6, 130.
Æbutia, 562.
Ælia Sentia, 30.
Aquilia, 538.
Atilia, 90.
Cincia, 165.
Cornelia de sicariis, 541, 549
des Douze Tables, 13, 14, 87, 292, 302.
Furia Caninia, 36.
Furia testamentaria, 275.
Julia de vi privata, 537.
Julia et Papia Poppæa, 52, 214, 266, 323.
Julia Titia, 90.
Junia Norbana, 24, 214.
Junia Velleia, 207.
Regia, 8.
Petilia-Papiria, 14.
Plautia, 158.
Voconia, 213, 275.
Louage, 449.
de choses, 449, 452.
de services, 456.
d'ouvrage, 456.

M

Magister, 350.
Magistrats, 555.
Mancipation, 129.
Mancipium, 62.
Mandat, 469.
Manus, 60.
Manus injectio, 560.
Manus militaris, 610.
Mari, 175.
Mariage, 45.
du droit des gens, 56
Mélange, 128.
Mère, 309.

Militaires, 181, 195.
Minus-petitio, 567.
Minutio capitis, 84.
Morale, 3.
Mutuel dissentiment, 518.
Mutuum, 361.

N

Nexum, 384.
Noces. — V. *Mariage*.
Nomina arcaria, 427.
transcriptitia, 427, 508 (note).
Non-usage, 139 (note 1), 148 (note 1).
Novation, 505.
Nubilité, 46.

O

Obligations, 354.
naturelles, 356.
quasi ex contractu, 486.
quasi ex delicto, 551.
V. *Contrats*.
Occupation, 119.
Office du juge, 669.
Offres et consignation, 503.
Orbi, 214, 266.

P

Pactes, 478.
commissoire. — V. *lex commissoria*.
Paiement, 501, 515.
Paiement de l'indu, 490.
Parenté, 49.
Paterfamilias, 88.
Pécule, 180, 198.
adventice, 182.
adventice irrégulier ou extraordinaire, 183 (note).
castrense, 181.
Pécule profectice, 181.
quasi castrense, 181.
Pédanei, 558.
Peregrins, 17.
Personnes, 11, 38, 116.
Perte de la chose due, 519.
Pétition d'hérédité, 572, 670.
Pignoris capio, 561.
Pignus, 179, 376.
Plaideurs téméraires, 667.
Plantations, 123.
Plébiscite, 7.
Plebs, 7.
Plus-petitio, 565.
Possession, 156, 185.
Possession de biens, 328.
Posthumes, 78, 205.
Pouvoir législatif, 6.
Præjudicium ingenuitatis, 592.
Præscriptis verbis actio, 483.
Prescription de long temps, 139
Prix de louage, 450.
de vente, 439.
Procédure, 554.
extraordinaire, 567.
formulaire, 561.
Procurator, 633.
Propriété, 118, 180.
Prudents, 10.
Puberté, 46, 410.
Puissance dominicale, 39.
paternelle, 43, 71.

Q

Quasi-contrats, 361, 486.
Quasi-délits, 361, 551.
Quasi-possession. — V. *Possession*.
Quasi-usufruit, 144, 368.
Querela inoffic. testam., 230.
Questions d'état, 590.

R

Rapport à succession, 304.
Reconduction, 454.

Récupérateurs, 558.
Règle catonienne, 269.
Réméré, 445.
Renonciation à l'hérédité, 247.
Répliques, 651.
Réponses des Prudents, 10.
Représentation, 294.
Res. — V. *Choses*.
Rescision, 445.
Rescrits, 8.
Restitutio in integrum, 178, 348, 411.
Restitutio natalium, 20 (note).
Revendication, 571.
Révocation des donations, 167.
des legs, 272.
Rois, 555.

S

Sacramentum, 559.
Satisdation (en général), 635.
Satisdation des tuteurs ou curateurs, 106.
Sénatus-consulte, 7.
Claudien, 14, 15, 353.
Macédonien, 364, 624.
Néronien, 253.
Orphitien, 313.
Pégasien, 283.
Sabinien, 307.
Tertullien, 309.
Trébellien, 282.
Velléïen, 423.
Séparation des patrimoines, 240.
Séquestre, 375.
Serment, 589.
Servitudes, 133.
personnelles, 140.
réelles ou prédiales, 133.
Société, 460.
alicujus negotiationis, 462.
omnium quæ ex questu veniunt, 462.
totorum bonorum, 462.
unius rei, 462.
Société vectigalis, 462.
Socius, 18.
Solidi capacitas, 267.
Spécification, 126.
Sponsores, 417, 511.
Statu liber, 24, 42.
Stipulations, 383.
Aquilienne, 517.
communes, 403.
conventionnelles, 399.
des esclaves, 395.
inutiles, 404.
judiciaires, 399.
pour autrui, 408.
prépostères, 414.
prétoriennes, 401.
Stuprum, 55.
Substitutions, 221.
exemplaire ou quasi-pupillaire, 228.
fidéicommissaire, 229.
pupillaire, 225.
vulgaire, 221.
Suspicion des tuteurs et curateurs, 111.
Syngraphæ, 430.

T

Tabulæ, 426.
Terme, 220, 263, 357, 415.
Testament, 17, 23, 26, 60, 63, 188.
calatis comitiis, 189.
inofficieux, 230.
in procinctu, 189.
militaire, 195.
nuncupatif, 190.
per æs et libram, 189.
prétorien, 191.
tripartite, 191.
Tradition, 129, 130.
Transcriptitia nomina, 427.
Translation des legs, 273.
Transport des créances, 449.

TRIPLIQUE, 652.

TUTELLE, 76, 488.
dative, ou déférée par le magistrat, 89.
des femmes, 97.
fiduciaire, 88.
légitime des agnats, 82.
légitime des ascendants, 88.
légitime des patrons, 87.
testamentaire, 77.

TUTEURS, 76, 106.
administration, 91.
auctoritas, 93.
compte, 97.
excuses, 108.
satisdation, 106.

TUTEURS SUSPECTS, 111.

U

UNIVERSITATES, 16.
USAGE, 149.
USUCAPION, 130, 151.
pro herede, 154.
USUFRUIT, 140.
USURECEPTIO, 155.

V

VENIA ÆTATIS, 106, 411 (note).
VENTE, 434.
VENTE DES BIENS en masse, 348.
VINDICTE, 22, 26, 63.
VIOLENCE, 534.
VOL, 524.

FIN

Ex. C. D.

Imprimé par Ch. Noblet, rue Cujas, 13.

Chez le même Éditeur :

OUVRAGES DE M. RUBEN DE COUDER

DICTIONNAIRE

DE DROIT COMMERCIAL

INDUSTRIEL ET MARITIME

CONTENANT

la législation, la jurisprudence, l'opinion des auteurs, les usages du commerce, les droits de timbre et d'enregistrement, enfin des modèles de tous les actes qui peuvent être faits soit par les membres des tribunaux de commerce, soit par les commerçants eux-mêmes.

3e ÉDITION, dans laquelle a été refondu l'ancien ouvrage de MM. Goujet et Merger.

6 vol. in-8. Prix : 60 francs.

Cet ouvrage a été l'objet de comptes rendus élogieux dans les journaux et revues de droit, notamment dans *la Gazette des Tribunaux* des 18-19 août 1877, article de M. l'avocat général Detourbet; dans *le Droit* des 20-21 août 1877, article de M. Sorel; dans le *Recueil général des lois et des arrêts* (couverture du 10e cahier de 1877), article de M. J. E. Labbé, professeur à la Faculté de droit de Paris; dans le *Journal du Palais* (couverture de la 10e livraison de 1877), article de M. Ch. Lyon-Caen, professeur agrégé à la même Faculté.—La plupart des journaux *politiques* et *financiers* ont aussi consacré à l'œuvre de M. Ruben de Couder, dont le caractère est essentiellement pratique, une place distinguée dans leurs feuilletons bibliographiques.

LES CODES DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

CONTENANT

les lois et décrets les plus récents, une nouvelle corrélation des articles des Codes, un supplément renfermant toutes les lois usuelles, une table générale des matières et un dictionnaire des termes du droit,

PAR A. F. TEULET

Édition mise au courant de la législation

PAR M. RUBEN DE COUDER

1877. Un fort vol. in-8 raisin, sur papier collé. . . . . 15 fr.
Les mêmes, édition pocket, 1 vol. in-32. . . . . 6 fr.
Les mêmes, in-18. . . . . 6 fr.

Reliure en demi-chagrin : 2 fr. pour l'in-8; 1 fr. pour l'in-18 et l'in-32.

On vend séparément : **Code civil**, 1 fr. 25; **Code de procédure civile**, 1 fr.; **Code de commerce**, 75 c.; **Codes pénal** et **d'instruction criminelle**, 1 fr.

PARIS. — IMPRIMERIE L. DOMAINE, RUE CHÉVERT, 2.